ULRICI HUBERI
PRÆLECTIONUM
JURIS ROMANI
ET
HODIERNI
PARS III.

LECTORI BENEVOLO.

ABsolutam Dei bonitate hujus operis *tertiam* & ultimam partem damus, sesqui anno fere post *Tomum Secundum*; aliquanto serius quam destinaveram; cum ob vastam *triginta librorum* materiam, tum quod, etiamsi veteres hæ pleræque cogitationes, omnia tamen recenti calamo exaranda fuerunt. Verum enimvero *sat cito, si sat bene*, vetus est dictum, sit etiam nostrum. Factumne sit operæ pretium, *Lector æquus* existimabit; utique præfationibus in alterutram partem nihil egerimus. Instituti mei rationes præcedentium Tomorum exordia loquuntur; id heic est continuatum, ut theoreticam & humaniora passim ad usum adtemperaremus, historiisque rerum judicatarum illustraremus. Quo id ita medio in orationis cursu satageremus, cum aliorum, tum *Antonii Mornacii*, quod sine comparationis arrogantia dictum sit, ad P. exemplo factum est. Periculum ejus rei, publico, quantum intelligere datum est, non ingratum in *Jurisprudentia vernacula* factum erat; heic & alia accesserunt, & *reliqua* pro modo Latinæ eruditionis adhibita sunt. Nolim etiam mihi fraudi sit, *in rebus dubiis*, si quid aliter quam illic, *quod raro eveniet*, heic collocatum reperiatur. Insultent, qui volent; Ego cum Justiniano sentio, cujus hæc verba probo; *οὐ γὰρ ἐρυθριῶμεν, εἴ τι κάλλιον καὶ ὧν αὐτοὶ πρότερον εἴπομεν προσεξεύροιμεν, τοῦτο νομοθετεῖν καὶ τὴν προσήκουσαν τοῖς πρότερον δευτέραν ἐπιτιθέναι διόρθωσιν οἴκοθεν, ἀλλὰ μὴ παρ' ἑτέρων ἀναμένειν ἐπανορθωθῆναι τὸν νόμον. Nec enim erubescimus, si quid a nobis pulchrius, quam primo dixerimus, inventum fuerit, id ipsum sancire, novaque emendatione priora cogitata e nostro penu in melius reformare, nec exspectare, dum leges nostræ ab aliis corrigantur. Nov. 22. in fin. præfat.* Bene habet, si in eorum numero esse mihi liceat, qui scribunt proficiendo & scribendo proficiunt. Quod sane, postquam hoc scribendi stadium, non nisi ætate jam consistente, ingressi sumus, dum facultas erit, adspirante divino favore, continuabimus. Animus erat, hujus Tomi præcipua capita, primo publicis ventilare disputationibus: Atque ita factum est in tribus prioribus libris. Respondentium illorum nomina visum est heic apponere.

HERMANNUS ARNOLDUS TAMMENA, Fris. Orient. *De Pignoribus & Hypothecis &c.*
FRANCISCUS de VICQ, Amstelod. Batavus. *Ad Tit. Qui potiores in pignore.*
ZACHARIAS HUBER, Frisius. *De Distractione Pignorum &c.*
IDEM, *de Ædilitio Edicto & de Evictionibus.*
CORNELIUS van VIERSEN, Frisius. *De Usuris &c.*
ARNOLDUS ab IDSINGA, Frisius. *De Probationibus.*
MARIUS BEUKENS, Frisius. *De Fide Instrumentorum & Amissione eorum.*
JACOBUS MOLTMAKER, Grœninganus. *De Testibus.*
HABBO a WESTENDORFF, Fris. Orient. *De Sponsalibus &c.*

Denique, nec id tacebo, duos Juvenes ornatissimos operam mihi benevole commodasse in parte Indicis concinnanda; D. TILEMANNUM ZUHR MUHLEN & ARNOLDUM MAURITIUM HOLSCHERUM, *Frisios Orientales.*

INDEX QVÆSTIONUM
PARTIS III.

58. An

188. An

314. An

INDEX OBSERVATIONUM,

Quæ Decisionibus in suprema Frisiorum Curia noviter factis, in hoc Tomo III. confirmantur.

42. Quando

117. Ma-

117. Maritum fine confensu uxoris obligationes ejus aliis cedere posse, imo & superficies rusticas vendere posse videri 18
118. Tutorem non teneri de pecuniis mutuo datis, si parem diligentiam ac in fuis rebus adhibuerit t. 7, 7
119. Tutor, cui administratio commissa non est, si collegam male administrantem, suspectum arguere neglexerit, ad rationes quidem reddendas cogi non potest, tutelæ actione in id quod interest, potest 11
120. Curator, qui pro minore se in officio obligavit, finita cura non potest conveniri, licet clausulam adjecerit ejusmodi, sub hypotheca meorum & pupilli bonorum; secus, si etiam promiserit, se redditurum esse pecuniam pro se, pro pupillo & pro heredibus suis 14
121. Inventarium etsi publice faciendum a tutore, potest tamen remitti ut privatim fiat, ob majores sumptus, modicis patrimoniis t. 7, 3
122. Item; si pater pupillorum id fieri prohibuerit, etsi in schedа privata vel rationum libro ib.
123. Quid ex inventario actiones, amissis instrumentis, institui posse dicuntur, difficilem habere praxin & quid ad hoc requiratur 4
124. Pupilli & minores e contractibus tutorum & curatorum conveniri nequeunt, antequam redditis rationibus constet, e re illorum fuisse pecuniam mutuo sumi t. 9, 2. Idque licet creditores probent, ipsos illos nummos in rem pupillorum esse conversos, si non constet, an opus fuerit ideo pecuniam mutuam sumi ib. (tur t. 10, 1
125. Modus removendi tutores hodiernos exemplo illustra-
126. Curam ætate 25. annorum ipso jure finiri, & ejus rei effectus 2
127. Veniam ætatis minore annis xx. impetrari non posse, licet maritus, aut in officio publico constitutus sit, etsi pauculi dies desint 3 sq.
128. Filiusfam. veniam ætatis impetrare non potest, nisi prius a patre emancipatus ib.
129. At si pater uxorem, filii matrem, malitiose deseruerit, absque emancipatione dari posse veniam 4
130. Matre ad secundas transeunte nuptias, non legitimæ, sed dativæ tutelæ esse locum, nec habere tam matrem quam magistratum, jus eligendi 7
131. Excusatio a tutela, per libellos quidem fieri potest, sed non inter contradicentes l. 27 t. 1, 5
132. Tutores quoque de Tutela inter se contendentes, per libellos defungi non posse, opus esse processu ib.
133. Utilitatem solam, licet evidentissimam, non sufficere ad permittendam alienationem rerum minorennium, novis aliquot exemplis rerum judicatarum illustratur t. 9, 4
134. Ad venditionem superficiei, quam facit dominus fundi, non requiri decretum 8 sq. (ctum est t. 10, 3
135. Postulandi jus non competere iis, quibus bonis interdi-
136. Interdictio bonorum licet absque processu fiat, hunc tamen petentibus prodigis non videri posse negari 4
137. An recte prodigorum testamenta valere jubeantur, si facta sint prudenter: *Sic jud. Alit. disp.* l. 28 t. 1, 3 sq.
138. Cæcum non posse testari aliter quam nuncupative, ne quidem inter liberos 5
139. Signa pro subscriptione nominum in testamentis ex ratione juris non valere, secus apud Frisios 6
140. Testamenta scribi posse a quibusvis, præter tabelliones, modo juris perite 10
141. Clausulam testamenti de *guarando* testium super rebus, tabulis testamenti comprehensis, esse vitiosam 11
142. Clausulam *nuncupativi* aut codicillarem non sustinere testamentum, cujus testator defecit, dum testes subscribebant, si testibus non fuerit prælectum; sed eum mori intestatum 12 sq.
143. Testaments duorum testatorum in iisdem tabulis valere, moribus hodiernis; dubium tamen id esse rebus judicatis, an ultra conjuges sit extendendum 19
144. Mater, duæ sorores, frater testatoris, & testatricis in eodem codicillo testes adhibiti, sine vitio 20 fin.
145. Testamentum reciprocum, ab altero testatorum, altero ignaro, revocari potest t. 3, 4
146. Testamentum prius clausula derogatoria munitum per superius simplex non revocatur, nisi constet, testatorem serio a priore voluntate recessisse 5
147. Ejusmodi seria voluntatis mutatio non tantum probatur e posteriore testamento, sed etiam extrinsecus, eoque multum confert, si decennium a priore testamento habente clausulam sit elapsum ib.
148. Testamentum prius ita per posterius tollitur, ut tametsi posterius deinde sit rescissum, prius tamen non convalescat, nisi posterior rescissio facta sit hoc animo, ut prius vires suas recuperaret t. 4, 6
149. Quod si non plane constet, posterius testamentum rescissum, fuisse rite factum, (ut difficulter potest, si tabulæ penitus sint abolitæ) prius adhuc integrum existens valere potest 7
150. Heres ex re certa, solus institutus capit omnem hereditatem, ex regula juris non abolita in Frisia; secus tamen judicatum refertur, ubi res plures, e quibus heres institus esset, fuerant enumeratæ t. 5, 7
151. Heres ex re certa manet heres, etsi illam rem certam capere non potuerit, & nihilominus jure gaudet accrescendi 8 & l. 29 t. 2, 7 (tem l. 28 t. 5, 8
152 Qui solus heres est ex ulusfructu, totam accipit heredita-
153. Quando heres aliquis ex ususfructu institutus est, & post mortem ejus alii, heres ex ususfructu statim fit heres cum onere fideicommissi 9. Alias tamen dubie judicatum respectu Trebellianicæ ab herede ad vitam, detrahendæ 9
154. Testatrix liberos heredes scripsit, maritum illis substituit, liberi ante matrem sunt mortui; si vulgariter substituti sint, maritus succedit, si per fideicommissum, maritus excluditur t. 6, 12 sq.
155. Aditio pura ad excludendum beneficium inventarii, post intimationem beneficii cessat t. 8, 3
156 Qui res hereditarias ita contrectat, ut fraudem facere potuerit, amittit beneficium inventarii 5
157. Inventarium non semper totum noviter conscribendum ad usum beneficii 6 fin.
158. Testamentum a testatore milite, durante expeditione, non in castris scriptum, sed ab eodem non subscriptum, habere vim testamenti militaris l. 29 t. 1, 1. Similiter quod apud hostes in carcere factum ib.
159. Si frater in nadie ri hereditatem fratris sui, non potest eam transmittere ad heredes suos, ne *hodie* quidem t. 2, 1
160 Scriptis heredibus fratrum & sororum liberis, non esse admittendos, qui post obitum testatoris erant nati 3 sq.
161. Infantibus mortuis, an & quatenus eorum bona ad ipsos proximos devolvantur 5 (l. 30. 31. 32 t. un. 3
162 Rei alienæ legata rari r s usus, nec facile præsumenda
163. Legatarium rem alienam, sibi legatam sciens, antequam dies cedat, emens, non repellitur a petitione, postquam dies venit 4
164. Uxor marito legans fundum constante matrimonio em-

tam commissas non nisi petantur, adjudicari posse: post litem contestatam posse: non debere necessario, si non petantur, adjudicari. Idemque de impensis litis 36 sq.

204. Litigatoribus mortuis ante sententiam, non esse opus *readsumptione*, ad ferendam sententiam, sed tantum ad procuratorem *qualificandum* 40 sq.

205. Sententiam non posse mutari, licet errore manifesto, posse tamen ob errorem memoriæ, negari executionem ex causa rei judicatæ 43

206. Nec capitalem sententiam posse retractari, licet errore comperto, sed principem consulendum: Nisi qua curia in jure dicundo jus principis exerceat 44

207. Quamvis sententia propter instrumenta noviter reperta retractari nequeat, facile tamen concedi actionem aliquam aut oppositionem ex causa justa adversus executionem 45 sq.

208. Quamvis actio rei judicatæ novas & a causa litis diversas habeat qualitates, ab illa tamen sæpe recipere interpretationem, exemplo declaratur 49

209. Ex actione rei judicatæ statim fieri executionem absque novo judicio, nisi casibus exceptis 50

210. Judicem superiorem extra causam appellationis, posse aliquando requisitum, exequi sententiam inferioris 51 sq.

211. Si condemnatus alibi degat, judicem loci requisitum executionem recusare non debere, nec in eodem imperio posse; dari tamen causas justas demonstratur 52

212. Mandatum exequendi sententiam nullo modo extendi potest ultra quam dictum est, ne quidem ad usuras & id quod interest & similibus exemplis declaratur 56

213. Propter causam, quod lis sine mandato mota & contestata fuerit, oppositionem adversus executionem admitti posse 57 (premæ non potest offerri 4

214. Libellus, pendente lite, supremo principi vel curiæ su-

215. Rescripta, quæ dantur ad libellos supplices, partibus auditis, an habeant effectum rei judicatæ. In utramque partem esse judicatum. Pro affirmante disputatur, sub temperamento 5 sqq.

216. Condemnationes extraordinarias sine prævio processu litis non posse fieri, ad acta partium & constituta, in quibus non continetur submissio ad condemnationem voluntariam 8

217. In curiis judicum absentia quorundam non retardat jurisdictionem, aut sententiam, etsi partem majorem abesse contingat 14 (publicæ exponitur t. 3, 3

218. Qui cessionem bonorum petens repellitur, ignominiæ

219. Postea tamen non potest iterum a creditoribus in carcerem compingi ib. (ceri includi possunt 3 fin.

220. Etiam mulieres ob negatum cessionis beneficium car-

221. Creditores, qui post cessionem debitoris bona diviserunt, vel arbitratu suo vendiderunt, debitorem dein ad facultates reversum de reliquo convenire non posse 4

222. Debitor, qui in fraudem creditorum suorum cedit suum jus alii, facere locum actioni Paulianæ: secus, si juri suo delato renunciet t. 8, 1 sq.

223. Missio in possessionem ex *L. ult. C. de Ed. Divi Hadr. toll.* etiam per libellos institui potest; sed prævio inventario l. 43 t. 2

224. Legatariis & fideicommissariis non dari interdictum adipiscendi cum exclusione heredis t. 3, 2

225. Præsidem vel prætorem non posse concedere jus ædificandi vel faciendi quicquam in præjudicium alterius, publice vel privatim, quin tamen vi & clam interdicto agi posse t. 24, 1 sqq.

226. Heredibus possessoriis non dari interdictum retinendæ, sed dari adipiscendæ possessionis Epilog.

227. Interdictum retinendæ possessionis, non dandum esse colonis contra dominos fundorum, etsi contra tertium illis vulgo detur ib. fin.

228. Vitium qualitatis personalis, lite contestata, emendari, non tamen si nullitas sit, exemplum l. 44 t. 1, 4

229. Exceptiones in processu executorio non esse admittendas, nec etiam omnino exceptiones exceptionum 5 & 6

230. Reum condemnatum non posse repetere, quasi condictione indebiti quod solvit, eique ita agenti obstare exceptionem rei judicatæ t. 2, 5

231. Posse tamen non obstare exceptionem, si meritum actionis, quam nunc vis instituere, in priore judicio non fuerit examinatum 6

232. Emptor, opposita exceptione rei venditæ, non traditæ condemnatus, egit in id quod interest, rem sibi non esse traditam: Exceptio rei judicatæ opposita nec admissa est 7

233. Ei, qui se liti alicui adjunxit, pro eo quod interest sua, non potest opponi exceptio rei judicatæ 7

234. Mandatarius primus & qui ab alio substitutus est mandante ignaro, non sunt eædem personæ, respectu exceptionis rei judicatæ 7

235. Dolia cerevisiæ non esse referenda inter merces minutim venditas ratione præscriptionis biennalis ex statuto t. 3, 3

236. Victus pretia paucorum dierum vel septimanarum uti jure mercium minutarum, non si ad annum, vel magnam anni partem convenerint 3

237. Præscriptio illa biennalis obstat, etsi debitor probare velit, aut probet, causam debiti esse justam, nec debitum esse solutum, si modo tamen debitor neget 3

238. Actio personalis, non tantum fit litigiosa, per litem contestatam, sed etiam lite primum mota t. 6, 3

239. Pactum debitoris, ut solvat suo arbitratu, sive pro lubitu, est personale, nec prodest heredibus l. 45 t. 1, 4

240. Correos etiam hodie gaudere beneficio divisionis t. 2

241. Qui cum femina fit vere correus, in solidum tenetur ib.

242. Qui simpliciter se fatetur debitorem ex alieno contractu, non est fidejussor, sed ipse reus l. 46 t. 1, r

243. Qui solus subscripsit instrumento, quod memorat tres correos, cum de duobus non liqueat, solus tenetur ut reus, ut non correus, nec habet beneficium divisionis ib.

244. Qui promittit se soluturum quod alius debet, quam primum monitus fuerit, non amittit beneficium divisionis 5

245. Qui fidejussit in certam summam pro alio, simpliciter tenetur, etiam quando debitor illam summam creditori semel solvit & denuo sese in eandem summam obligat 9

246. Fidejussor, qui rem, pro qua fidejussit, habet in manibus, non tenetur eam reddere, nisi a fidejussione liberetur; dari tamen justas causas, quibus sub alia cautione cogi possit 10

247. Quando colonus fundum sublocavit, novumque colonum dominus acceprat, iisdem licet conditionibus, hæc est novatio, per quam primus colonus & ejus hypotheca liberatur t. 2, 2

248. Quando debitor plurium causarum dixit, cui debito facta sit solutio, creditor, qui habet pignus respectu illius debiti, non potest ob reliqua debita jus pignoris illius contra tertium exercere, licet adversus ipsum debitorem possit t. 3, 4

249. Quando debitor plurium causarum simpliciter solvit, nec creditor ab initio statuit, cui debito id esset imputandum,

PARS IV.

PARS IV.
PANDECTARUM.
LIB. XX.
Tit. I.
De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.

I. Pignoris ac hypothecæ significatio. II. Divisio Pignoris, & species pignoris publici. III. Pignus contumaciæ causa. IV. Pignoris privati differentiæ. V. Verba requiri clara, & specialia Pignori statuendo. VI. Divisio hypothecæ in generalem & specialem, & quæ res sub generali contineantur, aut secus. VII. Realis hypothecæ nexus. VIII. Usus actionis hypothecariæ, inprimis adversus ipsum debitorem ejusque heredes. IX. Quo sensu dicatur, Hypothecariam actionem esse individuam; Scil. quemque teneri, quatenus possidet, tam heredem quam extraneum. X. Possessorem hypothecæ conventum habere beneficium excussionis, an & in hypotheca speciali. XI. An de rebus mobilibus & obligationibus oppignoratis, detur hypothecaria contra tertium. XII. De obligatione hypothecæ obligata dari utilem hypothecariam, forte & utilem personalem. XIII. An is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, ordinis habeat exceptionem, Distinguo. *XIV. De utili hypothecaria in nummos ex re pignorata redactos. XV. Duo Pacta de pignore vendendo explicantur. XVI. Pactum Constituti, quem usum habeat in pignore. XVII. Lex Commissoria in pignore prohibita. XVIII. Una cum alio simili mali moris pacto in pignore. XIX. De fructibus & accessionibus actionis hypothecariæ.*

SEquitur pars quarta Pandectarum, quæ habet duo summa capita, quorum primum est de accessoriis contractuum, de quibus *supra* tractatum est, ut sunt Pignora & hypothecæ, Ædilitium edictum, Evictiones, Usuræ, Probationes, aliaque. Secundum est de juribus mere personalibus, ut est Matrimonium & Tutela, cum suis affinibus & sequelis. Pars prior incipit *de Pignoribus & Hypothecis, qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.* Primam & secundam Rubricæ partem conjunctim absolvemus. Dum enim quid pignus & hypotheca sit, examinamus, proprietates utriusque, & differentias, pariterque modum, quo contrahuntur, videre necessum erit. Primo omnium, Pignus & hypothecam solo nominum sono differre, scriptum est in *l. 5. §. 1. h. tit.* non absolute, sed quantum, ut Justinianus monet, ad actionem hypothecariam attinet, in *§. 7. Inst. de Action.* quoniam hæc tam de pignore proprie dicto, quam de hypotheca datur. Imo non hujus tantum usus respectu; sed nec proprietate vocum ipsa plus quam sonus interest, quia pignus a *pugno* dictum, significat id, quod in manum traditur. Unde valde proprie, dextræ datio *pignus* vocatur *Maroni;*

Dat dextram atque animum præsenti pignore *firmat. 3. Æn.*

Inde pro qualibet re chara, quam manu arta complectimur, pignus sumitur: Quintilianus *Pignora, liberi, dico, parentes & propinqui, lib. 6. Inst. c. 1. & cap. sequ. Obsecratio per carissima* pignora. Denique *pignus* ita dictum est, quod creditori traditur in securitatem, *l. 238. §. 1. de V. S.* Hypotheca Græcis παρὰ τὸ ὑποτιθέναι, a *supponendo* dicta, eandem habet significationem; nec enim res, nisi mobilis, poni potest, ut ad *tit. Depositi* observatum est. Verum ut usus artium facile ab etymologia deflectit, sic etiam hac parte fere obtinuit, ut Pignus vocetur, cujus possessio traditur creditori, Hypotheca solo pacto contrahitur, reique possessionem debitori relinquit, *l. 9. §. 2. de Pignor. act.* quomodo etiam in *hac rubrica* verborum oppositio capienda; nec tamen raro promiscue accipiuntur pignus & hypotheca: nam & hypotheca pignus vocatur, in *l. 17. §. 2. de Pact.* & pignus, hypotheca, *d. l. 5. §. ult. h. t.* Et illum sensum generalem nobis expe-

42. Quando

79. Quando

117. Ma-

tam

PARS IV.
PANDECTARUM.
LIB. XX.
Tit. I.
De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.

I. Pignoris ac hypothecæ significatio. II. Divisio Pignoris, & species pignoris publici. III. Pignus contumaciæ causa. IV. Pignoris privati differentiæ. V. Verba requiri clara, & specialia Pignori statuendo. VI. Divisio hypothecæ in generalem & specialem, & quæ res sub generali contineantur, aut secus. VII. Realis hypothecæ nexus. VIII. Usus actionis hypothecariæ, inprimis adversus ipsum debitorem ejusque heredes. IX. Quo sensu dicatur, Hypothecariam actionem esse individuam; Scil. quemque teneri, quatenus possidet, tam heredem quam extraneum. X. Possessorem hypothecæ conventum habere beneficium excussionis, an & in hypotheca speciali. XI. An de rebus mobilibus & obligationibus oppignoratis, detur hypothecaria contra tertium. XII. De obligatione hypothecæ obligata dari utilem hypothecariam, forte & utilem personalem. XIII. An is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, ordinis habeat exceptionem, Distinguo. *XIV. De utili hypothecaria in nummos ex re pignorata redactos. XV. Duo Pacta de pignore vendendo explicantur. XVI. Pactum Constituti, quem usum habeat in pignore. XVII. Lex Commissoria in pignore prohibita. XVIII. Una cum alio simili mali moris pacto in pignore. XIX. De fructibus & accessionibus actionis hypothecariæ.*

SEquitur pars quarta Pandectarum, quæ habet duo summa capita, quorum primum est de accessoriis contractuum, de quibus *supra* tractatum est, ut sunt Pignora & hypothecæ, Ædilitium edictum, Evictiones, Usuræ, Probationes, aliaque. Secundum est de juribus mere personalibus, ut est Matrimonium & Tutela, cum suis affinibus & sequelis. Pars prior incipit *de Pignoribus & Hypothecis, qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.* Primam & secundam Rubricæ partem conjunctim absolvemus. Dum enim quid pignus & hypotheca sit, examinamus, proprietates utriusque, & differentias, pariterque modum, quo contrahuntur, videre necessum erit. Primo omnium, Pignus & hypothecam solo nominum sono differre, scriptum est in *l. 5. §. 1. h. tit.* non absolute, sed quantum, ut Justinianus monet, ad actionem hypothecariam attinet, in *§. 7. Inst. de Action.* quoniam hæc tam de pignore proprie dicto, quam de hypotheca datur. Imo non hujus tantum usus respectu; sed nec proprietate vocum ipsa plus quam sonus interest, quia pignus a *pugno* dictum, significat id, quod in manum traditur. Unde valde proprie, dextræ datio *pignus* vocatur *Maroni;*

Dat dextram atque animum præsenti pignore *firmat. 3. Æn.*

Inde pro qualibet re chara, quam manu arta complectimur, pignus sumitur: Quintilianus *Pignora, liberi, dico, parentes & propinqui, lib. 6. Inst. c. 1. & cap. sequ. Obsecratio per carissima* pignora. Denique *pignus* ita dictum est, quod creditori traditur in securitatem, *l. 238. §. 1. de V. S.* Hypotheca Græcis *παρὰ τὸ ὑποτιθέναι*, a *supponendo* dicta, eandem habet significationem; nec enim res, nisi mobilis, poni potest, ut ad *tit. Depositi* observatum est. Verum ut usus artium facile ab etymologia deflectit, sic etiam hac parte fere obtinuit, ut Pignus vocetur, cujus possessio traditur creditori, Hypotheca solo pacto contrahitur, reique possessionem debitori relinquit, *l. 9. §. 2. de Pignor. act.* quomodo etiam in *hac rubrica* verborum oppositio capienda; nec tamen raro promiscue accipiuntur pignus & hypotheca: nam & hypotheca pignus vocatur, in *l. 17. §. 2. de Pact.* & pignus, hypotheca, *d. l. 5. §. ult. h. t.* Et illum sensum generalem nobis ex-

pedit habere in conspectu. Atque eo modo definitur Pignus sive Hypotheca, quod sit *res obligata creditori in ejus securitatem, vel*, ut alii malunt, est *Jus creditori securitatis ergo in re debitoris constitutum.* Prior significatio magis est propria, & altera paulo subtilior. Plerumque enim pignus significat rem pignori datam: unde pignus acceptum, *pignus dedit, l. 33.* pignus venditum, *l. 33. de Pign. act.* Sic etiam dari hypothecam, *l. 5. §. ult. h.* Adde *§. ult. I. Quib. mod. re contrah. obl. §. item Serviana. I. de Action.* ubi; *pignora hypothecasque persequentur.* Jus in re constitutum alias ea vox significare videtur, ut cum dicimus, pignori dare, pignori capere, *l. 9. & l. 19. de pign. act. l. 1. C. si advers. vendit.* pignori ponere, *l. 38. pr. de Legat. 3.* pignori obligari, *l. 41. de pign. act.* Idem intelligi potest, quando *pignus* contrahi dicitur, *l. 1. in pr. de pignor. act.* & *alibi;* nisi Contractum pignoratitium ibi malis intelligere, ut & in *l. 5. §. 2. Comm.* quod alii malunt.

2. Naturam Pignoris ita late accepti, partitione detegamus oportet. Et quidem prima positione dicitur pignus esse vel publicum, vel privatum. Publicum a lege, vel a magistratu ‡ constituitur. Quod a lege habet originem, vocatur hypotheca legalis & tacita, cujus species *titulo sequenti* occurrent. Quod Magistratum habet autorem, rursus est *Prætorium,* vel Judiciale. Utrumque Prætorem habet autorem, sed altera species nomen ab eo solo mutuatur, quia non est aliud, quo melius distinguatur; est autem Prætorium, quod per missionem in possessionem bonorum fit, ventris, legatorum, vel rei servandæ gratia, nec non damni infecti, quorum explicationes *infra suis locis* habebimus. Judiciale pignus a Prætore judicati exsequendi causa constituitur, de quo tractat Ulpianus in *Lege 15. D. de Re judicata*, quod cum æque fit a Prætore quam prior species, tamen ut ab ea discernatur, ab usu speciali potius, quam a communi prætoris autoritate nomen habet, ut a judicio *judiciale* vocetur.

3. Exercet adhuc aliud pignoris specimen Prætor, Quando obsequii contumaces pignoribus captis ad boni civis & parendi officium cogit, veluti cum tutor administrationem subterfugiens, ad onus suscipiendum, captis pignoribus compellitur, *in §. penult. Instit. de Satisdatione Tutorum:* quod fieri solitum aliquando violentius, ostiis, cistis, capsis effractis; maxime si quando irati magistratus male reos mulctando affectui indulgerent, quomodo Cæsar apud Suetonium Vectii indicis supellectilem diripuit, eoque pertinet, quod M. Tullius *in Philippica* 1. de Marci Antonii Consulis injuria queritur, quod *se domum* Ciceronis *cum fabris venturum minitatus esset*, quo scilicet effractis foribus captisque pignoribus, eum in senatum venire cogeret. Sed hoc pignus ad propositam speciem non pertinet, quia non spectat ad securitatem creditori præstandam, sed ad contumaciam, ut apparet, coercendam, vel ad obsequium compellendam. Pignus hujus loci, finem habet crediti securitatem, quæ maxime in re, pignoris jure tradita conspicitur, eoque spectat regula Juris, quæ plus cautionis *in re* quam in persona esse dictat, *l. 25. de R. J.* unde eleganter pignoris datio opposita Satisdationi, vocatur *Solida Cautio* in *l. 5. de Heredit. petit.*

4. Privatum pignus ita distinguitur, ut vel unius, vel duorum voluntate constituatur; Per unius voluntatem pignoris constituti, habes notum exemplum in *l. non est mirum. 26. D. de Pignor. actione*, ubi testator pignus in testamento, quod non recipit duorum voluntatem, constituit, & habet usum, quando paterfamilias satis locuples, sed copiis ære alieno maceratis, timet, ne post fata sua, quod ut plurimum adsolet, heredes sui a creditoribus invadantur, & bona sua priusquam necesse sit, voci acerbæ præconis subjiciantur; potest eum in finem exponere vires hereditarias, singulisque creditoribus adsignare suas hypothecas, vel pignora, quæ tum non esse conventiones, sed jura duntaxat in re constituta, manifestum est. Pignus, quod duorum voluntate fit, rursus ex pacto, vel e contractu fit. Ex pacto, quando per conventionem solam jus creditori * in omnibus, aut certis rebus per illud afficiendis, constituitur; solo, inquam, pacto, tam inter præsentes quam absentes, verbis aut scriptura, ut res tulerit, *l. 4. l. pen. h.* Hoc pactum edicto Prætoris confir-

‡ Pignoris publici instar fuit in Saxonia, Arrestum legitime impetratum, quod jus reale & prælationem præ aliis creditoribus hypothecariis tribuebat, nunc penitus antiquatum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 48.* ut adeo omnia illa, quæ hanc in rem supra ad *Lib. II. Tit. IV.* (Part. nempe II. p. 603.) ex veteris juris ratione annotata sunt, a Juris novissimi studioso expungi possint. Conf. tamen, quæ, quoad debitores ad paupertatem vergentes, de inhibitione omnis alienationis, petente creditore, a magistratu facienda constituta sunt *O. P. S. E. I. & E. Tit. 51.*

* Jure Romano Hypothecam extrajudicialem jus reale producere, quod etiam ratione tertii possesso-

ma-

matum, parit actionem in rem creditori, adversus quemlibet possessorem, *l. 4. hic. l. 17. §. 2. de Pactis. l. 9. §. 2. de pignorat. act.* E contractu venit pignus, quando res creditori in securitatem traditur, ita ut possessio transferatur, quem contractum esse realem pignoratitium, intelleximus *ad tit. Inst. Quib. modis re contrah. obligatio*, ubi & naturam ejus, actionemque declaravimus: Idcirco in *hoc titulo* de priori specie, quæ est ex pacto, & *Hypotheca* dicitur, potissimum tractabimus, sic tamen, ut pleraque pignoribus proprie dictis applicari possint, quod ex rerum natura facile percipietur, vel opportune commonefaciemus, inter quæ & hoc, quod pignus & hypotheca cuilibet obligationi accedere possunt, etiam naturali, & futuræ, *l. 5. h. t.* modo in jure civili effectu suo non privetur, *per l. 13. Quib. mod. pign. solv. l. 60. de Cond. indeb.*

5. Hæc apud nos ita de Hypothecis etiamnum observantur, neque requirimus, ut auctoritate judiciali pignus confirmetur; quod hodie plerumque requiri, scribit Bekmannus ad *tit. ff. de Distract. pign. n. 37.* & Stokmannus *Decis. Brabant. 96. n. 2.* & alii; Sed in hypotheca conventionali constituenda, servandum primo omnium, ut verba rem onere perpetuo affectura, clare exprimantur.

ris sit efficax, satis ex *l. 4. & l. 29. ff. d. pign. & hyp. §. 7. I. d. act.* apparet. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 122.* Philipp. *ad O. P. S. Tit. 46. Cons. 1. n. 2.* Struv. *S. J. C. Ex. 26. th. 22.* Sed Jus Saxonicum Electorale mobilia quidem valide extra Judicium permittit oppignorari, *P. 2. C. El. 23. Dec. El. 60.* adeo ut etiam in iis constituta hypotheca extrajudicialis antiquior, potior censeatur hypothecis judicialibus posterioribus, Carpz. *l. 5. Resp. 37. n. 1. sq. P. 2. C. El. 23. def. 9.* Moller. *ibid. n. 36.* Richt. *d. Privil. Creditor. c. 4. S. 2. n. 130.* Berg. *Res. Lauterb. p. 472.* In immobilibus autem extrajudicialis hypotheca simplex, tantum in præiudicium debitoris & hæredum valet. *P. 2. C. El. 23.* §. iedoch wo einer ein Gut *absque Insinuatione &c. O. P. S. tit. 46. in fin.* unde adversus eos hypothecaria actio, quæ 40 demum annis præscribitur, institui potest, sed tertio ex ea nullum nascitur præjudicium, adeoque, qui talem hypothecam sibi constitui passus est, contra possessorem tertium agere haud potest. Berger. *ad Laut. p. 472. & in Elect. Proc. Execut. th. 4. & 6.* atque in Concursu creditorum, in Electoratu, ne quidem Chirographariis præfertur. *d. C. 23. P. 2.* ibique Carpzov. *def. 14. n. 1. 2.* licet Jure Saxonico Comm. his solis potior esse censeatur. Richt. *de Priv. Cred. c. 5. n. 37. sqq.* Schilt. *ad ff. Ex. 33. th. 12.* Quod si Hypotheca extrajudicialis, coram Notario & testibus, aut coram duobus vel tribus testibus ‡ constituatur, Chirographariis quidem illa præjudicat, *P. 2. C. El. 23. pr.* Hypothecariis autem & Arrestantibus posterioribus non æque, secundum Jus Sax. Comm. Richt. *de Privileg. Cred. c. 4. S. 2. n. 77.* Coler. *de Proc. Executiv. P. 1. c. 10. n. 197.* & Electorale *Dec. El. 60. j. O. P. S. tit. 44. §. 2. & Ord. Proc. Sup. Lusat. P. 1. tit. 24. d. 2. pr. verb.* das Dingliche Recht. Philipp. *ad d. Dec. Obs. 1. & 2.* Berger. *ad Lauterb. p. 471.* licet hoc aliud obtinere, ac talem hypothecam arrestis & hypothecis posterioribus præferri, olim defenderint, Carpzov. *P. 1. C. 28. d. 125. 127. P. 2. C. 23. d. 14.* Moller. *ad eand. n. 29.* Berl. *P. 1. Concl. 66. n. 27.* & post eos Schilt. *Ex. 33. th. 12.* Plenissimum autem hypothecæ robur, ea demum quoad bona immobilia in Saxonia habet, quæ conceditur 1) ab eo debitore, qui rei immobilis, quam oppignorare vult, investituram judicialem impetravit. *a. Dec. El. 61.* Carpzov. *dec. 127.* ubi præj. j. Schilt. *ad ff. Ex. 33. §. 8.* Dissent. Nicol. *Ref. 16. n. 17. seq.* 2) accedente judicis competentis consensu & confirmatione. *a. L. R. l. 1. art. 8. pr. verb.* Wo ein Mann sein Eigenthum vergiebt oder versetzt, des soll der Richter Zeuge seyn. *P. 2. C. 23. Mand. Joh. Georg. I. d. an. 1623. d. 25. Apr. rubr.* Wegen der Bauer-Güther. §. Weil wir aber. *O. P. S. t. 46. O. P. Sup. Lus. P. 2. tit. 24. d. 2. §. 2.* ab ipso debitore impetranda. Carpz. *ad d. C. 23. def. 23.* Competens autem hic judex dicitur, sub quo immobilia immediate sita sunt. Carpzov. *l. c. d. 20.* & qui inferiorem habet jurisdictionem, *Ord. Prov. d. ann. 1555. tit.* Was zu Ober- Nieder- oder Erbgerichten gehörig. §. und alles. Carpzov. *decis. 64 & ad d. C. def. 21.* Cæterum licet extrajudicialis immobilium oppignoratio regulariter sit inefficax, valida tamen ea æstimatur, quoties venditor in ipsa re vendita, ante traditionem, vel in ipso traditionis actu, extra judicium sibi hypothecam reservat, vi cujus reservationis etiam anterioribus Hypothecariis, licet in omnibus etiam futuris debitoris bonis, jus reale consecuti sint, præfertur. *O. P. S. t. 42. §. 1 Dec. El. 63.* ibique Philip. *Obs. 1.* Moller. *ad P. 1. C. El. 28. n. 73.* Berl. *P. 1. Concl. 64. n. 32. seqq.* Carpz. *dec. 55. n. 1.* Id. *l. 4. Resp. 27. n. 4. sqq.*

‡ Hæc olim chirographariis creditoribus præjudicabat, jure tamen novissimo omni effectu destituitur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 46. §. 1.*

mantur, non abrupte, non concise, nec ambigue; quo loco inde ab initio incidit monere, quod si errore populari, ut in clausulis contractuum non raro fit a nostratibus, scribatur, *sub obligatione, prout juris est; onder verbant, so na regte*, quibus verbis hypothecam bonorum designare volunt: sæpe hæc in contradictorio, *quod meminerim*, non sustectura, quia nec generalem, nec specialem hypothecam significant: nam vocabulum *verbant* significat obligationem, quæ melius ad personam quam ad rem, potest & debet referri, per *l. 9. C. Quib. pot. in pign. l. 18. C. de Pignor.* etsi non ignoramus, dici rem pignori obligari, videlicet improprie, *l. 10. & l. 13. h. t.* Atque hoc in ea re aliquanto evidentius est, quam in alia simili clausula judicatum *alias* diximus; Circa id scilicet, quod prorogationem jurisdictionis sæpe nostrates exprimunt his verbis, *met submissie, so na regte*, intelligentes submissionem judicialem: Sed cum nulla in iis verbis judicii mentio sit facta, non possunt effectum habere, licet propius ad rem designatam quam formula prior ad hypothecam, accedant; Denique, nihil inesse tali formulæ, judicatum est in suprema Curia *die 28. Septemb. 1680.* nam etsi receptissima sit consuetudo subjiciendi contractibus sive eorum instrumentis, clausulam hypothecæ & submissionis, verba tamen ejusmodi esse debent, quæ rem explicite præ se ferant. Non est tamen, quod verba captentur, nec adeo certam formulam esse necessariam, satis constabit *ex tit. de Formul. & impetrationibus sublatis*; modo verba sint clara; tametsi pignoris aut hypothecæ nomen, forte non sit usurpatum; veluti si dictum sit pro clausula contractus, *fide & periculo rerum mearum*, sive *per exactionem rerum mearum*; hæc & similia, stabiliendæ hypothecæ sufficere creduntur, quæ licet pignoris secundum literam non meminerint, aliud tamen quam pignoris aut hypothecæ nexum, civiliter significare non possunt, *l. ult. C. Quæ res pignori.*

6. Præter hasce pignoris generaliter dicti divisiones, habet Hypotheca proprie dicta suam quoque divisionem; nam est generalis, vel specialis; ‡ Illa, quod facile intelligas, omnium bonorum; hæc, quæ de certis rebus constituitur; Sub generali continentur etiam res ipsius debitoris futuræ, *dicta l. ult. C. Quæ res pignori.* Sed res heredis ejus, quæ nec defuncti fuerunt, nec ex causa hereditatis sunt acquisitæ, sub pignore generali non continentur, *l. 29. in princ. h. tit.* quamvis enim alias heres eadem cum defuncto persona intelligatur, eodemque jure in omnibus utatur, quia tamen hypotheca jus est rei, non personæ impositum, idcirco rebus aliis, de quibus cogitatum non est, nentiquam impositum videri potest. Excipiuntur etiam hypothecæ generali rerum, *quas quis habuit habiturusque sit*, talia, quæ verisimile non est, quenquam specialiter obligaturum fuisse; qualia sunt, supellex, vestis, jumenta, quæ debitor in usu habet, libri etiam quotidiani usus, vel omnes, si homo studiosus sit, & si quæ præterea ad affectionem debitoris singularem pertineant, *l. 6. h. t.* Nonnulli tamen hoc ita temperant, *nisi verba valde sint specialia & prægnantis efficacia*, qualia fore credo, si quis dicat, omnia se bona obligare, ne quidem exceptis iis, quæ alioquin hypothecæ generali per leges excipiuntur, si persona sit ejus rei conscia; cæterum hæc formula, quæ magis usitata est, *omnia mea bona, nullis exceptis, obligo*, magis est, ut non sufficiat ad abolendam legis exceptionem. Vide Sand. *l. 3. tit. 12. def. 9.* ac ita nihil obstat, quod Thomasius heic objicit.

SCHOLIUM.

Sed Sandius tamen d. l. *ostendit, etiam si verba talia sint, ut ex iis constet, contrahentes nihil excipere voluisse, tamen res necessarii usus exceptas censeri.*

N. ADDIT.

Verum est, nunc nihil obstat, postquam Autor mentem suam aliter declaravit. At positionibus obstabat utique Scholium, ut in quibus saltem dictum erat, res necessarii usus non censeri oppignoratas, nisi verba valde prægnantia & efficacia sint, ut appareat, contrahentes nihil excludere voluisse.

Porro nec tantum res propriæ debitoris hypotheca generali continentur, sed & alienæ, quatenus in bonis ejus sunt, ut agri fructuarii & emphyteutici, *l. 16. §. ult. de Pign. act.* Scilicet hoc sensu, ut usufructu & emphyteusi finitis, hypothecam pariter finiri constet, *l. 31. h. tit.* Quin etiam res debitæ, nomina & obligationes, sub omnium bonorum hypotheca comprehendi, placuit in *l.*

‡ Hypothecæ generales, sive sint judiciales, sive extrajudiciales, cum in concursibus creditorum, tum contra tertium possessorem vi omni atque effectu carent; jam constitutæ habent sexennium, intra quod vivent. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 44. §. 1.*

4. *Quæ res pignori.* cum nota tamen impropriетatis, ut mox intelligemus: Certe de mobilibus ‡ æque ac de immobilibus, generalem hypothecam esse accipiendam, non dubitatur, quia mobilia nusquam excipiuntur, ubique potius includuntur, ut *ex l.6.h.tit. l. 1. de distract. pign.* & aliunde passim constat; ut mirer, a Mornacio scriptum, Scævolæ Responsum in *l.34.h.* esse unicum textum, ex quo jure civili probetur, hypothecam posse constitui etiam in mobilibus. Quid, annon ubi est actio hypothecaria, datur hypotheca? Atqui hypothecariam dari de mobilibus, nota doctrina est ex *§.7. I. de Action.* Nec mores hodierni hactenus discrepant, quamvis in effectu persecutionis contra tertium, habent differentiam, de qua *mox videbimus.* Merces etiam venales, per *l.34.h. l.34. §. ult. de Usufr.* etsi paulo secus in legatis se res habeat, *l. 73. §. pen. de Legat. 3. l. 32. §. 4. de Aur. & arg. leg.* de quibus vide Wissenbachium *ad h. t. th. 7.*

7. Effectus hypothecæ generalis & specialis est, ut in hac quidem res certæ & expressæ, per illam res omnes & singulæ afficiantur in eum modum, ut non nisi cum onere pignoris ipsis impresso alienari possint, *l. 2. *. Qui potiores in pignore. l. 6. C. eod. l. unic. C. Rem alienam gerentibus.* Excipiuntur servi, quorum manumissio per hypothecam generalem non impeditur, *l.pen.ff.Inquib. caus. pign. tac. l. 3. C. de serv. pign. dat. manum.* secus ac per specialem, *l.3. de manumiss. l. 1. C. de Serv. pign. dat. manum.* Wissenb. *d. th. 9.* ubi Auctores. Majoris usus est exceptio tabernæ mercium pignori obligatæ; nam mercaturæ causa placuit, non singulas res, sed universam tabernam hypothecæ obligari, ut singulæ merces libere alienentur; pignoris autem jure teneatur, quod identidem in taberna reperitur, idque seu generalis sive specialis sit hypotheca *l. 34. h. t.* Nihilne igitur quod ad effectum, inter generalem & specialem hypothecam interest? Nihil admodum quoad effectum hypothecæ, multoque minus quam vulgus hominum autumat: sed tamen speciale pignus hoc novi adfert, ac ideo fortius adstringit, quod alienationem rei specialiter obligatæ fieri prohibet, adeo ut is, qui rem talem alienaverit, stellionatus, aut etiam furti actione teneatur, *l. 3. §. 1. D. de Stellionatu. l. 66. D. de Furtis.*

SCHOLIUM.

Sed si stellionatus est, non erit furtum, & vice versa. Tunc enim stellionatus est, si aliud crimen non subsit, d. l. 3. §. 1. Stellion. *Non mirum autem, hac parte dissentire JCtos; nam* l.66. de Furtis, *Pauli est,* d. l.3. *vero Ulpiani, cujus etiam opinio nobis videtur verior.*

RESPONSIO.

Dictum est hac de re ad tit. ff. de his, qui infam. not. n. 3. *& dicetur amplius* ad tit. de Stellion.

N. ADDIT.

At in titulo de his, qui notantur infamia, n.3. *de alia plane quæstione agitur, quæ hujus loci non est, nempe an stellionatus crimen sit famosum. In titulo vero* de Stellionatu *Autor rationes suppeditat quidem, cur Paulus & Ulpianus dissenserint, antinomiam vero ipsam non tollit.*

DE ACTIONE HYPOTHECARIA.

8. Effectus porro hypothecæ per actionem Hypothecariam exercitus, cum adversus ipsum debitorem, tum contra quemlibet ejus possessorem valet; idque sive pignus sit proprie dictum, sive hypotheca, si nempe pignus amissum in alienas manus venerit. Nam quatenus a creditore detinetur, non tam opus est actione, quam distractione, de qua *titulus infra* proprius occurret. Nomen hujus actionis notum est, quasi Servianæ, cum Serviana simpliciter dicta sit, quæ domino fundi datur adversus colonum, ut ex *§. 6. Inst. de Action.* pridem constat. Distinguitur Actio quasi-Serviana sive Hypothecaria, in directam & utilem. Directa datur creditori ad persequendas res corporales, tam mobiles quam immobiles, contra quemlibet earum possessorem, ut vel re pignorata cedat, vel debitum petitori solvat, *§. 7. Inst. de Actionibus. l. 17. & tot. tit. D. de Pignor. & Hypothecis.* Enimvero quod dicimus, eam dari contra quemlibet possessorem, sic intelligendum

‡ In mobilibus neque judicialis neque extrajudicialis hypotheca quicquam operatur; pignus de manu in manum traditum, (constituto possessorio & omni traditione ficta penitus explosa) reapse possidens jure reali gaudet, & ex illo præ omnibus, qui classe prima non continentur, suum consequitur. Nec in nominibus inhibitio, aut præceptum de non solvendo, nec simplex scripto comprehensa suppositio jus reale operatur; ut hoc fiat, tradendum est documentum loco pignoris, & si nomen hypotheca gaudet judiciali, securitas vel cessio pariter judicialiter est confirmanda; in debitis feudalibus etiam consensu domini in translationem hypothecæ impetrato. *O. P. S. E. L. & E. Tit. 44. §. 2.*

est; si debitor, ejusve heredes, & fidejussores, non sint solvendo, *Nov. 4. c. 2.* sed Debitor ipse personali potissimum actione convenitur ex contractu, aliave causa ad obligandum valida, cui jungitur hypothecaria per modum accessionis: scilicet ut ejus bona cuncta, vel certa, si specialis hypotheca sit, *pro debito* quod petitur, *obligata & executioni subjecta declarentur*, quemadmodum natura negotii & pignoris, quod est accessio principalis debiti, dictat, & usus quotidie docet. Debitore mortuo, tenentur heredes personali quidem actione primo, consequenter & hypothecaria, verum etsi nec hoc casu hypothecaria desinat esse accessoria, tamen inter ipsam & personalem actionem, quæ principalis est, evidens differentia constat; Nam personalis adversus heredes pro partibus hereditatis dividitur, ut singuli pro rata portiones assis, ex quibus heredes sunt, teneantur, secundum Legem XII. Tabularum, qua de re dictum ad *tit. Famil. ercisc.* Sed actio hypothecaria contra singulos heredes in solidum datur, *l. ult. C. Si unus ex plurib.* ut ordinarium est judicari: Exemplum, si opus, habet Nauta *decis. MS. 32.* historiam referri utique non est opus. Rationem hujus disparitatis hanc reddunt Interpretes, quod actio hypothecaria sit *individua*, modo quidem loquendi a legibus non alieno; dicitur enim indivisa pignoris causa, in *l. Rem. 65. de Eviction.* verum sensu nescio an eo, quem vulgo ei tribuunt. Cur enim actio hypothecaria non æque dividi posset quam personalis, cum se referat ad res corporeas, quæ divisionem melius quam incorporales recipiunt? Quin si tu ponas, duos heredes, qui non singuli, sed pariter, tantum pignoris, quantum sufficit ad solutionem, possident, puto rem certam esse nec aliter fieri posse, quam ut actio hypothecaria dividatur, æque ac personalis, ut quemadmodum singuli pro parte condemnantur ad solvendum, ita singulorum res possessæ & pignori devinctæ, pro parte teneantur. Dicamus igitur quod res est, singulos heredes debitoris hypothecaria teneri, quatenus res pro debito pignori obligatas possident, *dicta l. 2.* Proinde sicut tertius possessor, qui nihil debet, hypothecaria tamen in subsidium tenetur, quatenus rem pignoratam possidet, ita & heredes, qui pro parte tenentur ex debito, tenentur hyothecaria quoadusque possident; nam sic formatur adversus eos conclusio, *aut cedant re pignorata, quam possident, aut solvant totum debitum, d. l. 2. in fine.* prorsus ut adversus extraneos possessores unice potest ac solet agi. Idem de natura hypothecariæ actionis individua tenendum, ratione quorumvis debitorum, qui plures ad eandem rem obligati sunt; nam si uterque possideat res hypothecæ pro debito isto obligatas, singuli hoc modo conveniri possunt, ut re pignorata, quam possident, creditori cedant, aut totum debitum solvant. Quando igitur quod unus possidet, toti debito solvendo sufficit, idque dimittere non vult, per consequentiam, ad totum debitum in solidum tenetur, veluti cum reditus annuus ex certo fundo debetur, qui fundus a diversis possessoribus pro diviso an indiviso possidetur, creditor potest singulos possessores ita convenire, ut vel suam partem a se possessam petitori cedant, vel pecuniam a se petitam solvant, quomodo idem Nauta judicatum refert, in causa *Maeyke Hans Wybes*, contra *N. N. die 5. April. 1636.* & rursus in causa *Ida Ibella de Tiara*, contra *heredes I. A. B.* Cum enim rea pro dimidia parte possideret fundum, ex quo reditus annuus debebatur, cum pensionibus reliquis duorum & viginti annorum, sola condemnata est, ut vel sua parte fundi cederet, vel omne, quod petebatur, etiam pro alterius partis possessoribus solveret, die *20. Dec. 1678.* Non ideo, quod actio hypothecaria sit *individua*; sed quod in rem directe comparata sit, ad petendam rem pignoratam, ubicunque sit, cum alternativa, solvendi debitum aut pignus amittendi. Quod autem *individua* non foret: inde rursus patet; quia si pars dimidia tanta non esset, ut toti debito sufficeret, actor hypothecariam suam dividere potuisset & divisisset, ita ut singulorum partibus conveniret. Denique, non esse individuam actionem hypothecariam, patet inde, quod hypothecaria, quæ datur legatario adversus heredes, in petendis legatis, semper dividua sit & contra singulos pro partibus hereditariis competat, *L. 1. vers. in omnibus sub fin. C. Commun. de leg. & fideic.* Cujus versiculi hunc esse sensum, non quem Faber *dec. 48. err. 29.* vult, quasi hypothecaria non detur contra tertium possessorem, probat Sandius *l. 3. tit. 12. def. 23.* Sedeat igitur hæc observatio, quod Heredes debitoris sæpe non pro hereditariis partibus, verum in solidum, singuli per hypothecariam conveniuntur, id non esse heredibus singulare, nec quidem esse ab individuitate *Absoluta* actionis hypothecariæ, sed omnibus pignorum possessoribus, ex natura communi actionis in rem convenire, salva hac differentia, quod extranei possessores habent beneficium excussionis ex *Nov. 4. c. 2.* quo heredes carere, satis con-

stat

ſtat ex *d. tit.* Sic cape cauſam indiviſam in *d. l. 65.*

9. Si debitor ejusve heredes non exſtent, aut ſolvendo non ſint, priusquam tertius poſſeſſor excutiatur, fidejuſſores conveniendi ſunt, qui ſcilicet ut principales debitores ſunt obligati, & actionem principalem participant, quam proinde hypothecariam adverſus tertium poſſeſſorem, præcedere debere, juris ratio dictat, & *Nov. 4. cap. 2.* qua derogatum videtur *l. 14. C. de Pignor.* ubi creditoribus, quando debitor pignora diſtraxit, neque ex pretio Creditori ſolvit, optio tribuitur, utrum obligatos actione perſonali, an pignora poſſidentes in rem actione convenire velint, *per Conſtitutionem d. Nov. 4.* Perſonalis actio primum penitus exhaurienda & excutienda eſt, antequam ad poſſeſſores non obligatos perveniatur. Sed in hoc articulo multi notabilem differentiam ſtatuunt, inter generalem & ſpecialem hypothecam, quaſi creditor, cui ſpeciali hypotheca cautum eſt, quemlibet poſſeſſorem immediate convenire poſſit, id eſt, non excuſſo debitore principali, nedum fidejuſſore prius conveniendo, quod probant, ex *N. 112. c. 1. verſ. ab hoc autem.* cujus hæc eſt ſententia; ſi debitor ſpecialem hypothecam vendiderit, nec ex pretio creditori ſatisfecerit, huic licentiam dari, rem ſibi obligatam vindicare. Sed alii, ut noviſſime Struvius *Exerc. 26. th. 38.* volunt, inſcriptionem & argumentum hujus *Nov.* totum eſſe de rebus *litigioſis*, h. e. quæ lite conteſtata ſunt venditæ, quarum venditionem cum prohibitam eſſe conſtet, ex *tit. D. & C. de Litigioſ.* ab illis ad res alias non liceat argumentari; nedum ut ultra novæ legis argumentum, rem æquitatis plenam, ne tertius poſſeſſor ignorans, ob alienum debitum re poſſeſſa ſpolietur, abolitam ſtatuamus. Carpz. *P. 2. Conſt. 18. def. 18. & lib. 2. Reſp. 72.* Ceſſare tamen ex *d. N. 112.* in ſpeciali hypotheca, ſi vendita ſit tertio, beneficium ordinis, ſtatuunt Theſaur. *deciſ. 51.* Berlich. *P. 2. concl. 24. n. 67. & 68.* Brunnem. ad *l. 24. C. de Pignor.* Gothofred. ad *d. Nov. 112. cap. 1.* Nec alia Cæſaris ipſius revera mens eſſe videtur, quia licet inſcriptio *Capitis* ſit de litigioſis, & de illis agatur *in pr.* hanc tamen Sanctionem de ſpecialibus hypothecis diſerte inde ſeparat, *d. verſ. hoc autem.* Sententiæ tribunalium variant, quas recenſet ex Struvio, Hahnio & Carpzovio, Thomaſius *ad Strauch. diſſ. 22. th. 3.* Sed inter *Deciſ. MS.* Supremæ Friſiorum Curiæ, refertur a *D. Nauta* exemplum rei judicatæ, qua poſſeſſor hypothecæ ſpecialis, non adjutus ſit beneficio excuſſionis, in cauſa *Mr. Gregorii Andreæ, contra Dr. Martinum Gravium*, die *15. Julii 1643.* quæ adeo ſit verior ſententia.

10. Hypothecam æque res mobiles afficere quam immobiles, *ſuperius* dictum eſt; conſequenter actionem hypothecariam de rebus mobilibus dari conſentaneum eſt, *§. 7. Inſt. de Action.* quod nec hodie dubium habet, ſi adverſus debitorem vel ejus heredem agatur: etſi Mornacius ad *l. 34. h. t.* id in Gallia dubium fuiſſe referat usque ad *1. Jul. 1608.* quo id a Senatu Pariſienſi ſit definitum, hypothecarios in mobilibus etiam præferri chirographariis. Sed quando res mobilis a tertio poſſidetur, hodiernis fere gentium moribus obtinuit, eam per hypothecariam actionem non poſſe avocari, quo pertinet regula frequens fori Gallici & aliorum; *Les meubles n'ont point de ſuite*, id eſt, *mobilia non habent ſequelam*, idque propter ingens incommodum, quod ex ejusmodi perſecutionibus in mercaturam inveheretur, qua de re vid. inter alios Mornac. *ad l. 34.* Grot. *l. 2. Introd. c. 48. num. 34.* Fabr. ad *tit. C. de SCto Trebell. num. 89.* Ne apud nos quidem frequens hujus actionis hypothecariæ uſus apparet, nec ita vulgo opinantur, eum, qui rem mobilem pignori obligatam juſtove titulo acquiſitam tenet, a priori creditore cogi poſſe ad cedendum; Verum tamen apud nos tam valida eſt hæc regula, *Jus civile ſervari*, *quatenus non eſt mutatum*, ut in contradictorio creditori hypothecaria rei mobilis perſecutio, negari non poſſe videatur. Obligationes jure mobilium cenſeri, notum, & *alias* dictum eſt; ſed actionem hypothecariam contra tertium poſſeſſorem obligationis eſſe dandam, Curiæ noſtræ *mea memoria* placuit in hac ſpecie facti, quam ut uſus rei intelligatur, adjiciam. Titius vir nobilis ordinis militaris Ductor, tempore ſecundi belli Anglicani dederat Provinciæ mutuo, duo millia florenorum: hanc obligationem ceſſerat Secundo, Secundus eam ceſſerat Tertio. Titio deinde mortuo nec ſolvendo reperto, Quartus, creditor ejus, princeps eorum, qui poſtpoſiti nihil acceperant, Supremæ Curiæ Senator D. Gerardus AD JUS, egit hypothecaria adverſus Tertium poſſeſſorem obligationis 2000. florenorum, ut eam ſibi tanquam priori hypothecario creditori, traderet, aut ſuum debitum ſolveret. Cum alter ſe opponeret, ratione prædicta, Curiæ ſententia prima repulſus eſt actor, ſed per Reviſionem ſententia reformata, Quartus ſuum jus hypothecæ obtinuit;

Quod

Quod non obtinuisset, si Curia de pignore mobilium rerum, quibus Obligationes accensentur, adversus tertium agi non posse, credidisset. Quin etiam in equum pignori obligatum, datas esse vindicias secundum hypothecam adversus tertium possessorem, memini de An. 1679. Idem apud Saxones obtinere, tradit Thomasius ad *posit. 17. h. t.* De limitationibus tamen hujus sententiæ pragmaticis, & quatenus in usum civilem atque promiscuum recipi possit, non habeo dicere; nam populi utilitas, & mercaturæ libertas, facile exceptionis aliquid mereri possent; maxime cum apud vicinos, quorum acta, commercii ratione nostris plurimum implicita sunt, contrarium, ut *diximus*, observetur. Hoc in illis ipsis locis, qui mobilibus sequelam hypothecæ negant, receptum placet; utique dari hypothecariam contra Tertium, si manus illis antea injecta sit, hoc est *Arresto*, ut loquimur, præclusæ fuerint, per *d. l. 34.* & Mornacius ad *eand. L.*

11. Modus, quo res hypothecariæ actioni fiunt obnoxiæ, est constitutio Juris in re, ut loquimur, quod afficit rem ubicunque sit & apud quemlibet possessorem, etsi mille per manus ambulet, secundum proprietatem omnium in rem actionum, *l. 17. h. t. d. l. unic. C. rem alien. gerent.* nec interest, quod ad hanc vim adficiendi rem, ubicunque reperiatur; utrum generalis, an specialis hypotheca sit; nam & prior illam vim singulas afficiendi res, æque ac specialis hypotheca obtinet, *l. 2. D. Qui pot. in pignor. l. 6. C. eod.* Sed ratione corporalium & incorporalium rerum, est notabilis differentia; quod proprie res corporales subjectam pignoris ac hypothecæ materiam constituant, Res incorporales, quia tradi, custodiri, supponi non possunt, pignoris usum per se non recipiunt, veluti de servitutibus proditum est in *l. 11. §. ult. h. t.* Quanquam utilitatis causa receptum est, ut quatenus creditoris securitati per incorporalis rei cessionem consuli potest, indirecte ac utilitatis causa, *quasi*-pignus aut hypothecam contrahi intelligamus, & conventiones ejusmodi *tueamur*, *l. 18. in pr. de Pignor. act. d. l. 11. §. 2. & l. 12. h. t.* Quapropter & obligationes sive nomina, pignoris usum admiserunt, ut quibus aut pignori tradita, vel hypothecæ devincta sunt nomina, non modo exceptionem, *d. l. 11. §. 2.* sed & actionem utilem consequantur, *l. 4. C. Quæ res pignor.* junct. *l. 13. §. 2. h. t. l. 18. in princ. de Pignorat. action. l. 7. C. de hered. vel actione vend.* Quibus locis actiones *utiles pignoris*, super *nominibus* memorantur. Non desunt, qui pro utilibus hypothecariis, utiles in personam intelligi volunt, quos sequitur D. Wissenbachius *ad h. tit. th. 8.* At si tu cumules expressiones modo relatas, nemo dubitare potest, quin utilis actio simpliciter dicta, in materia pignoris sit Hypothecaria, quæ est utilis Serviana; maxime quando adjicitur, *jure pignoris*, ut est in *d. l. 18.* non potest non intelligi utilis hypothecaria, ut post Cujacium probat Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 24.* Quanquam nec de *utili in personam* non valde refragaremur, quo minus sicut ex actione donata, vendita, in solutum data, competit utiliter eadem in personam actio, quæ data fuit donanti atque vendenti, *l. 5. & l. 8. C. de Hered. vend. l. 16. pr. de Pactis.* ferme eodem modo, qui pignori accepit jus personalis actionis, eam utiliter exsequi & instituere posset; siquidem eum in finem pignorata res intelligitur, ut pecunia suo tempore peti, & in solutum accipi queat, ac ita forte conjungi poterunt, quæ discrepantibus hac de re Scriptoribus, traduntur apud Sandium *d. def. 24.* & Wissenbachium *d. th. 8.* Ipse quidem Sandius negat, utilem in personam dari posse; quo autem argumento? *Utilis*, inquit, *personalis nemini competere potest, nisi cessa, vel mandata fuerit.* Hoc quid est, si non temere φύγεν ἕρκ⊙ ὀδόντων; Nam ut prolixe ad *Tit. Mandati* probavimus, directa datur ex Mandato, utilis deficiente mandato, *l. 3. C. de Hered. vel act. vend.* Imo quæ ex vendita actione utilis actio datur, eadem ex pignorata competit, *l. 7. eod. tit.* Atqui ex vendita actione sine dubio nascitur utilis in personam, *d. l. 5.* Ergo etiam ex actione pignorata. Nobis igitur, cur utrique non possit esse locus actioni, nihil admodum obstare videtur.

12. Apud eundem in *defin. sequenti* traditum videmus, in hac utili nominis actione pignorata, non habere locum beneficium ordinis sive excussionis, *sine ulla quidem Lege*, ex sententia Bartoli & aliorum, etsi forte verius sit, quod Cujacius aliique statuunt; hac in parte nihil esse, cur aliud in pignore nominis, quam in aliis rebus sit statuendum, inprimis post *Nov. 4.* quæ hoc beneficium ad omnes hypothecas extendit: Excipit Sandius, in *d. Nov.* beneficium hoc dari tertio possessori: *Atqui debitor debitoris est quidem Tertius, at non tertius possessor*, ait. Imo profecto etiam est Possessor; non possidet corpus rei debitæ, fateor, sed possessio talis intelligenda, qualis est hypotheca. Quicquid sit, usu tamen forensi valuit nega-

negativa, non dari hoc casu beneficium ordinis sive excussionis debitori debitoris, ut Sandius docet. Quod ut recte judicetur, sciendum est, hanc oppignorati nominis actionem bifariam institui posse; primo adversus debitorem, ut is solvat pecuniam, vel rem debitam, Creditori Creditoris, cui nomen pignori datum est: eaque ratio expediti usus est, quando creditor primus tradidit alteri instrumentum nominis obligati; tunc enim nihil causæ est, cur debitor opponat ordinis beneficium; quia tradito instrumento, apocha creditoris jus agendi habentis munito, sine periculo solvere potuit, nec multum interest ipsius, si plene liberetur, utrum ipsi creditori primo, an secundo solvat: quæ ratio sine dubio fecit, ut Doctores omnino beneficium ordinis hoc casu negaverint. Alter usus hypothecariæ actionis in *Nomen* est, quando debitor instrumentum obligationis ex pignoris causa, non tradidit creditori, sed hypothecæ duntaxat obligavit, idque venit in manus tertii, sicut evenerat in exemplo *supra* exposito; Debitor omnia sua bona generaliter hypothecæ obligaverat, inter quæ tunc etiam erat obligatio illa principalis, quam ipse deinceps in alios transtulerat; Creditor ejus, utili hypothecaria conveniebat possessorem instrumenti obligationis præsentem: Atque hujus certe intererat, ordinis beneficio an uti posset vel secus. Nec dubium, quin potuerit uti, si non pridem is, qui hypothecam constituerat, excussus & non solvendo repertus fuisset. Sic in priori exemplo; Primus Creditor ad Possessorem obligationis *ait;* Obligatio, quam tu jure cesso possides, erat in bonis mei debitoris, antequam tibi cederetur: Ideoque mihi jus hypothecæ inde ab eo tempore in illam competebat; Redde igitur mihi obligationem pignoratam, vel solve quod mihi debetur. Excipit possessor, Excute primo debitorem principalem; Prodest ei exceptio. Pone aliter. Creditor, cui obligatio pignori tradita est, ad debitorem; Tu debes mille Cajo per obligationem, quam ecce mihi traditam pignori pro aliis mille, quos Cajus mihi debet. Cajus mihi jam condemnatus, & hæc obligatio declarata est executioni subjecta; solve igitur mihi, quo facto liberatus eris: Non habet debitor causam de beneficio ordinis excipiendi. Sed est alia dubitandi ratio in casu, quo Creditor primus non habet instrumentum, sed hoc penes tertium est, ut in isto facto; utrum tunc ipse debitor, qui rem vel pecuniam obligatione comprehensam tenet, sit conveniendus, an possessor instrumenti; visumque tunc fuit in peristyliis fori, utrumque esse vocandum, & instrumenti & rei debitæ possessorem; quia sine traditione instrumenti, debitor ad solvendum difficulter urgeri posset. Sit igitur hæc Conclusio, Debitorem a Creditore sui creditoris utili hypothecaria conventum, non habere beneficium ordinis; Sed possessorem obligationis a creditore cedentis, utili actione conventum, recte ac utiliter ordinis sive excussionis opponere beneficium.

13. Est & alius utilis hypothecariæ usus admodum frequens, in nummos ex re a debitore vendita redactos & adhuc exstantes, *l. 18. de Pign. act.* Sand *3. 12. 18.* idque tam adversus primum Creditorem, in pecuniam acceptam ipsius nomen excedentem, *l. 11. §. 5. ff. Qui pot. in pign.* quam contra emptorem, qui debet pretium; idque duplici ratione, prima, quia quod ex corpore pignorato redactum, id pignoris loco est, *d. l. 18. fin. pr.* Altera convenit hypothecæ generali, quod actio debitori ad pretium petendum acquisita, sub illa in commodum Creditoris contineatur, *l. 4. C. Quæ res pign.* quam rationem solam agnoscit Sandius *d. tit. 12. def. ult.* Quod si consumpti sint nummi, nihil est quod repetatur, etsi a posterioribus creditoribus accepti consumptique fuerint, ut sæpe suo damno vidimus expertos creditores, qui a posterioribus repetebant pecunias ab ipsis pridem acceptas, nec exstantes; secundum quod πραγματικῶς docet *Lex 1. de Distract. pign.* nisi (quod frequenter accidit) hi, qui pecunias accepere, caverint, se restituturos quod acceperint nummorum, si postea constiterit, eos jure potiori ad alios pertinuisse, quemadmodum probat Sand. *l. 3. tit. 12. def. 27. in fin.* Quod etiam intelligemus, si creditores anteriores contra venditionem protestati fuerint, ut *ibidem* Sandius *in pr.* Adde, quod fiscus agere potest etiam de consumpta pecunia *l. 18. §. ult. D. de Jure Fisci.* Idem creditoribus hypothecariis licet in casu, quo heres inventarium fecit, & præpostere solvit, adversus eos, qui ordine non suo pecunias acceperunt, *l. ult. §. 6. D. de Jure deliber.*

DE PACTIS PIGNORUM.

14. Absolvimus partem hujus Rubricæ primam, quæ est de *pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur;* sequitur pars altera, de Pactis pignorum, quæ pacta distingui possunt in licita & illicita. Licitorum pactorum species sunt Antichresticum, de pignore vendendo, vel non alienando, & pactum Constituti, cum similibus.

Illiciti pacti specimen, est lex Commissoria, quæ prohibetur in *l. ult. C. de pact. pign.* item, ne liceat intra certum tempus luere pignus, *ut mox clarius.* Antichreseos pactum latine dicendum foret Reciproci *usus*, & est Pactum, *quo convenit, ut creditor re pignorata loco usurarum fruatur*, secundum cujusque rei naturam: unde si prædium sit, (nam & res immobiles pignori aliquando traduntur,) potest hoc creditor antichresticus vel ipse colere, vel locare, pensionesque aut fructus sibi retinere, *l. 11. §. 1. h. t.* Distinguitur antichresis communiter in expressam & tacitam; Expressa, quando aperte dictum est, ut creditor fructum ita, quemadmodum intelleximus, percipiat. Tacita vocatur, quando nihil quidem de fructibus percipiendis est dictum,* sed debitor pecuniam sine usuris sub pignore tradito accepit, & retinet; tunc enim tacite inter partes convenisse videtur, ut creditori re pignorata loco usurarum uti frui liceat, *l. 8. Quibus ex causis pign. tac. contrab.* ex qua hæc species tacitæ antichreseos probari solet, auctore Cujacio *lib. 8. obs. c. 17.* Verba textus; *Cum* debitor *gratuita pecunia utitur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere.* Pecuniam vocat *gratuitam*, cujus usuræ in stipulatum deductæ non sunt; quia tamen pignus rei fructiferæ datum est, tacite id actum videtur, ut fructus usuræ loco cedant, maxime quia vix unquam ab usu alienæ pecuniæ usuras abesse constat. Neque tamen desunt, qui aliter *d. l. 8.* interpretantur, emendando, vel antichresin a mora demum inchoando, qua de re Gothofred. ad *d. l. 8.* Ab hac etiam distinctione tacitæ & expressæ antichreseos, Quæstio pendet, utrum perceptio fructuum valeat in infinitum, an ad quantitatem usuris præscriptam restringatur? Nam in expressa antichresi non potest creditor prohiberi, pleno pactionis emolumento frui; nec ad rationes fructuum aut pretii inde redacti reddendas tenetur, cum propter incertum fructuum proventum nihil fraudis hic legibus factum præsumi possit, *l. 14. & 17. C. de Usuris.* Ex adverso in antichresi tacita, cum non sit datum jus percipiendi fructus, hos creditor, ut sibi debitos, percipere non potest, sed ex traditione rei fructibus edendis aptæ videtur, uti dictum, inter partes convenisse, ut e fructibus usura perciperetur, quæ sic usurarum modum lege definitum egredi non potest, *d. l. 8.* Quin & expressa antichresis hac parte recipit exceptionem, ut si palam & liquido constet, creditorem plus e re pignorata percipere, quam modus usurarum ferat, fraus legi facienda non permittatur; Velut, si per locationem creditor e fundo pignorato longe plus annuæ mercedis, quam usura sortis creditæ permitteret, sibi pactus sit & revera percipiat, *d. l. 14.* verb. *non etiam locando.* Cæterum hoc pactum antichreseos etsi valde ad securitatem commodaque creditorum pertineat, nec est apud nos hodie, nec apud Romanos fuisse videtur in usu frequenti; cujus rei argumentum est, quod nec latina nec vernacula vox hujusmodi pactum significans exstat; nisi quod Grotius id appellat *Wedertogt, l. 3. Introd. c. 8. n. 14.* nos proprie magis opinor, in *Jurisprudentia hodierna* ex usu ipso vocavimus *Pandgenot, parte 1. l. 2. c. 48. n. 7.* Ratio infrequentis usus videtur esse, quod pignora ex usu hominum negotiique natura, tantum in securitatem creditorum constituantur, nec ullum iis lucrum aut fructum ex rebus pignoratis sine furti vitio capere liceat, *§. 6. Inst. de Oblig. ex delict. l. 54. & 76. D. de furt. l. 7. C. eod.* Secundo, quia debitores ægre admodum possessionem rerum suarum fructiferarum amittunt, præsertim immobilium, in quibus antichresis maxime exercetur; cum, quia manifestari nolunt suum æs alienum, tum quia facile ex amissa possessione jactura rei totius consequitur. His accedit tertio, quod prætextu fructuum plus lucri quam per usuram liceat, hac ratione percipi possit. Ex quibus colligitur, plerumque acerbum hoc esse pacti genus, nec ideo popularis usus haberi. Unde ab agricolis eam stipulari, vetat Justinianus in *Nov. 32.* Jure Canonico plane prohibetur, *c. 1. & 2. de usur.* Argumentum, quod valde recedat a pignoris ingenio, præbet hoc; quod si creditor amiserit possessionem, in factum, non hypothecaria dicitur experiri, *l. 11. §. 1. h. t.* ejusmodi in factum *hypothecaria*, ut videtur, qualis est Aquilia in factum, *§. ult. I. d. L. Aquil.* non quod diversi generis actio sit, verum quia fructuum perceptio nimis procul a natura pignoris

* Hoc pactum antichreseos tacitum, ad modum legitimatum usurarum, approbat & confirmat das Torgauische Ausschreib. *d. anno 1583. rubr.* Von Wucher, Wucherlichen Contracten. §. Als haben wir solcher. *verb.* da einem ein Gut Pfandes-weise eingeräumet worden wäre, von der Abnutzung desselben fünf auf hundert rechnen. *Corp. Jur. Sax. p. 477. conf.* Carpz. *P. 2. C. El. 30. def. 40. n. 2.*

ordi-

ordinaria recedit, ut in illa specie damni, quæ parit in factum actionem Aquiliam, *d. §. ult.*

15. Pactum de pignore vendendo, respicit vel Tertium, vel ipsum Creditorem. Quod ad tertium spectat, quo effectu pactum illud de vendendo pignore adjiciatur, dicere cœpimus *ad tit. l. Quib. alien. lic. vel non*, & dicetur amplius *ad tit. de distract. pign.* brevi secuturum. Conventio de pignore vendendo creditori, si intra certum tempus debitor non solvat, valet, *l. 1. C. de Pact. pign.* pretio *tum* videlicet constituendo, *l. 16. §. ult. ff. l. 34. de pignor. act.* non eo pretio, *quod ab initio constitutum fuerit, arg. d. l. ult. l. 16. §. ult. & l. 34. de pignor. act.*

SCHOLIUM.

Sed arg. ex d. l. ult. *non penetro, &* in l. 34. de Pign. act. *probatur quidem venditio, quæ fit, quando creditor pignus erat distracturus, sed non* demum *ea venditio, ut vult Autor. Ergo casus ibi propositus non excludit alios, & facio igitur cum Struvio dissentiente* d. l. th. 35.

RESPONSIO.

Argumentum ex l. ult. *adeo subtile non est, ut penetrari nequeat. Lex Commissaria in* d. l. ult. *prohibetur ob asperitatem suam, qua creditor debitorem inopia anhelantem cogit recipere legem amittendi pignoris, cum nihil ei negare ausit, dum est in pecuniæ quærendæ momento. Non multum interest, paciscatur, ut pro summa credita pignus amittatur, an pro summa, in quam eo momento consentiat debitor. Hic enim eadem facilitate, qua contentus est, pro pecunia credita rem amittere, consensurus est, ut amittat eam pro summa specialiter exprimenda. In* l. 34. *non habetur quidem particula* demum, *sed evidentia discriminis inter æstimationem, quæ fit tempore debiti primum contracti, & quæ postea fit, illam ἔμφασιν postulat. Etiam* d. l. 16. §. ult. *satis eam inculcat. ubi,* Ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio TUNC æstimandam. *Illud* Tunc *facile τῷ* demum *æquipollet.*

N. ADDIT.

Consentio jam Autori, & adeo Scholium hoc expungi potest. Potissimum propter d. l. 16. §. ult. *quæ argumenta ex reliquis textibus corroborat.*

Aliud est pactum de pignore non vendendo, nec alienando; quod vel pignori in specie dicto, vel hypothecæ adjicitur. Quando pignori traditione perfecto adjicitur, efficit, ne creditori liceat aliter rem pignoratam alienare, quam post trinam denunciationem; si prius alienet, furtum committit, *l. 4. de pig. act.* sed de hoc *ad tit. de distract. pign.* Pactum hypothecæ adjectum, ne res obligata alienetur, a creditore proficiscitur, & primo quidem id efficit, ut si debitor contra fidem pacti rem obligatam alienet, in id quod interest teneatur, sicut omne pactum de non alienando, *l. 3. C. de Condict. ob caus. dat.* Insuper hoc pactum de non alienando pignore, valet ad ipsam dominii translationem impediendam, *l. 7. §. 2. de Distract. pign.* ubi Martianus, *Certum est*, ait, *nullam esse venditionem, ut pactioni stetur.* Quod adeo priori juris rationi adversum videtur, ut quidam hunc textum emendent, *nullam esse pactionem, ut venditione stetur:* Sed pactionem valere non est dubium, *d. l. 3. l. 48. de Pact.* De effectu saltem quæritur, actionem duntaxat in personam pariat, an ipsam rem afficiat, ut dominii transitus impediatur: quod respectu pignoris adfirmatur in *d. l. 7. §. 2.* Nec aliis ratio differentiæ tam difficilis videtur, quam Bachovio *3. de Pignor. c. 1. n. 4.* non sane Thomasio;

SCHOLIUM.

Reddit exceptionis rationem Wissenb. h. t. th. 25. *quod creditor jus reale habeat in re alterius; Quæ ratio, cur non sit amplectenda, causam non video. Et itaque, si vendam rem tibi sub conditione, ne eam alienes, & aliquod jus in ea re retineam, vel conditio resolutiva sit, idem erit dicendum. Vide Brunnemann.* ad d. l. 3. C. de Cond. ob caus. dat.

16. De pacto *Constituti*, diximus ad *tit. de contrahenda emptione*, nec habemus quod heic loci repetamus, præter usum ejus in hypothecis. Quando debitor re sua carere non vult, & creditor obligatione pignoris non contentus, possessionem ejus appetit, hoc pacto mediam quasi viam inire possunt, ut creditor rem possideat, & debitor eam retineat; si hic scilicet constituat, se rem nomine creditoris possidere, *l. 18. de Acquir. possess.* ad quem titulum hujus rei locus est proprius. Liquet inde, quod aliquo modo ad naturam pacti antichrestici accedat: quatenus per utrumque, jus possessionis transfertur in creditorem, ita ut debitor tanquam minister creditoris, esse magis in possessione, quam possidere intelligatur; ut quidem creditor remedia consequatur possessionis adipiscendæ, retinendæ, recuperandæ, sed cum fructibus nihil commune habeat, nec inquam omnino rem detineat. Num quis usus ejus rei sit in concursu creditorum, paulo *inferius* dicendi veniet occasio.

17. Lex Commissoria, quam in pignore diximus esse prohibitam ex *l. ult. C. de Pact. pignor.* nihil est aliud, quam *Pactum, quo creditor paciscitur, ut si debitor intra certum tempus non solvat, pignus sit creditoris proprium:* quod merito prohibuit *ibi* Constantinus,* quia debitores in angustiis rerum suarum constituti, ac plus de bonis suis quam in iis est sperantes, facile ad ejusmodi pactiones ab avaris creditoribus abripiuntur, ut ita bonis suis avitis & patriis evolvantur. Proinde res per hoc pactum amissas recuperandi jus habent, rei vindicatione opinor, *d. l. ult. in fin.* Eadem ratio circumveniendi homines quærendæ pecuniæ anxios, improbare videtur pactum antichresi adjectum, *ne pignus creditori traditum*, ut fructus usurarum loco percipiat, *intra certum annorum spatium luatur*, ut probat & judicatum refert Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 11.* Nonne & idem in quovis pignore locum habebit? Ita videtur. Nam soluto debito, pignus omnino reddendum est, *l. ult. C. de Luit. Pign.* Debitum autem in certum tempus contractum, etiam ante tempus solvi posse, constat ex *l. 70. de Solution.* ut probavimus *ad tit. I. de verb. obl. pag. 293.*

18. Postremo ad actionem hypothecariam pertinet, quod tam in directa, quam in utili actione hypothecaria, non modo res ipsæ pignoratæ, sed etiam fructus & accessiones veniant in condemnationem, *l. 3. C. In quib. caus. pign. tac.* etiam quod per alluvionem fundo oppignorato accessit, *l. 18. & seq. de pignor. act.* nempe, fructus si post litem contestatam sint percepti, aut si exstent etiamnum; Excepto, nisi ex re ipsa creditoribus satisfieri possit; nec enim plus quam ipsis debeatur, esse præstandum, res ipsa loquitur, *l. 16. §. 4. h. t.* Nisi quandoque possessor dolo vel contumacia sua, causam jurijurando in litem præbeat, quo casu pro affectione jurantis fieri potest, ut in plus, quam debet, condemnetur, *d. l. 16. §. 3.* Extra hanc causam, possessorem aut solvendo debitum aut pignoris æstimationem dando liberari manifestum est, *d. l. 16. §. 6.* Sande *l. 3. tit. 15. defin. 6. in fine.*

Tit. II.

Quibus ex causis Pignus tacite contrahitur. ‡

I. Divisio hypothecæ Legalis in Expressam & Tacitam; & Differentia generalis tacitæ, a generali expressa. II. Hypotheca, quæ datur conjugi in bona conjugis alterius, quotuplex, &

* Idem improbatum fuit Jure Sax. El. *d.* Torgauisch. Ausschreiben. *d. rubr.* §. Item daß einer ein geringe Geld auf ein Pfand, so weit mehr werth ist, ausleihet, und darneben dis ausdinget, wenn es innerhalb gewisser Zeit nicht gelöset wird, da es alsdenn verfallen seyn soll. *Corp. Jur. Sax. p. 474.*

‡ In Saxonia nostra pignus tacite non amplius contrahitur. Magistratus pupillis, minoribus, furiosis & similibus personis, in bonis tutoris vel curatoris, item liberis in bonis patris administratoris, judicialem hypothecam in immobilibus ejus bonis secundum redituum annuorum proportionem constituit, aut si tutores possessionibus destituantur, ad satisdationem idoneam eos compellit; pupilli bonis per novas acquisitiones auctis, quod rationes pupillares quotannis dispungentem latere nequit securitatem etiam augeri curabit. *O. P. S. I. & E. Tit. 45. §. 1.* Ita & piarum causarum & fisci administratores vel hypotheca expressa, vel sufficiente cautione constringendi sunt. *d. Tit. §. 2.* Cæterum nec fisco in bonis eorum, qui cum eo contraxerunt, nec pupillis in bonis sua pecunia emtis, nec piæ causæ in bonis debitorum ullum jus reale superest, nisi expresse constitutum. *d. Tit. §. 3.* Fœminis etiam cum quoad dotem, tum quoad paraphernalia, expressa speciali hypotheca judiciali opus est; quod vero ad legatarios, fideicommissarios particulares & donatarios mortis causa attinet; si testamentum, quo sunt honorati, judiciale est, post ejus publicationem a judice ex officio hypotheca expressa est constituenda; sin illud est extrajudiciale, heredes sub dupli pœna & jactura beneficii divisionis, intra tres menses a tempore aditæ hereditatis, in judicio, quid testator post mortem suam fieri voluerit, indicent, & præstanda præstent. Locatoribus denique jus retentionis in fructibus natis vel rebus illatis, sartum tectum superest. *d. Tit. §. 4.* Quibus hactenus tacita hypotheca prospectum fuit, intra sexennium eam in expressam commutari curent, ex eo temporis momento, quo olim jus reale consecuti sunt, valituram, vel alia idonea cautione securos se faciant; illud petentibus non negabit judex, quod ad pupillos attinet, & qui pari jure utuntur, ecclesias etiam, scholas, pias causas, & fiscum, idem ex officio faciet. *d. Tit. §. 5.*

quan-

quando incipiat. III. Hypotheca liberorum in bonis parentum. IV. Pupillorum & Minorum in bonis Tutorum & Curatorum. V. Extensio ad Respubl. &c. VI. Hypotheca Fisci. VII. Legatariorum. VIII. Hypothecæ tacitæ speciales; prima crediti ad refectionem Insulæ. IX. Locatoris in prædiis urbanis atque rusticis. X. Ampliatio ejus ex jure Frisico. XI. Hypotheca redempti ab hoste. Reditus annuus ex prædio an tacitam hypothecam habeat. XII. An Arrestum jus hypothecæ producat. XIII. De hypotheca superficiarii rustici in agros domui subjectos.

QVid, & quotuplex sit Hypotheca, & quæ actio inde nascatur, vidimus. Divisio prima fuit Hypothecæ in publicam & privatam. Publica subdividitur, quod vel a Lege vel a magistratu constituatur. Legalis hypothecæ species in hunc titulum contulit Digestor. Species admodum variæ sunt,& recensentur ab interpretibus,ut videre licet apud D. Schotanum *in Exam. ad hunc tit.* qui sedecim species enumerat, quas memoria retinere lubricum est; ideo nos partitionis subsidio pauciora genera constituemus. Nam legalis hypotheca commode dividi potest in generalem & specialem. Generalis, ut vox indicat, omnia bona complectitur, ferme ut de generali hypotheca pacto constituta *praecedenti titulo* diximus. Una tamen notabilis est differentia; quod hypotheca conventionalis non comprehendit res necessarii usus, & quicquid debitor non creditur specialiter obligaturus fuisse, *l. 6. de Pign.* Sed ad legalem omnium bonorum hypothecam, exceptio illa spectare non videtur, quia generalis locutio complectitur omnes species, quatenus nihil exceptum reperitur:atqui per conventionem potest introduci exceptio tacite vel expresse; per legem sane quidem expresse aliquid excipi potest, forte etiam tacite ex natura rerum; sed non ex præsumpta voluntate contrahentium, quam in lege non posse habere locum, manifestum est; At vero præsumpta partium voluntas efficit exceptionem, *d. l. 6.* quæ cum in legali hypotheca cesset, nihil est certius, quam illam cuncta debitoris bona, nullis, ne quidem usus necessarii rebus exceptis, afficere; quod olim Curiæ nostræ Supremæ sic placuit in hypotheca, quæ datur liberis in bona parentum suorum, ut judicatum refert D. Saekma *in causa Tryn Hanne dochter*, contra *Sibrant Pieters, ante ferias natalitias 1617.* Nostra iterum memoria respectu hypothecæ, quam pupillus habet in bonis sui Curatoris, in causa *Hidde Wybes appellant*, contra *Pieter Jansen tot Delfzyl, ante ferias caniculares 1681.*

2.Species generalis hypothecæ legalis, ad quinque reduci possunt. *Prima* datur conjugi in bonis alterius conjugis, atque hujus iterum tres sunt species; prima datur uxori in bonis mariti ad dotem restituendam, *l. un. §. 1. C. de Rei uxor. actione. §. 29. Inst. de Act.* Secunda datur eidem uxori, pro conservandis bonis paraphernalibus, *l. ult. C. de Pact. sup. dot.* saltem inde a Doctoribus elicitur; etsi verba Justiniani tantum de eo casu loquantur, quo maritus ex cautionibus paraphernis sibi traditis, pecunias ex illis mulieri debitas exegit, ut probat Giphan. ad *d. l. ult.* Haud tamen improbabiliter Dd. nec in Foro dubitatur. Tertia datur marito in bona uxoris, vel ejus, qui dotem promisit,ad hoc, ut tam dos, quam ejus evictio præstetur, *d. l. un. §. 1.* Sed inter duas priores species Curiæ nostræ placuit discrimen super initio cujusque hypothecæ, quæ res in concursu creditorum non est levis momenti. Discrimen hujusmodi proditum est; Hypotheca pro dote mulieris, incipit a tempore, quo vir eam accepit; * ita quemadmodum fieri par est, ut hypotheca, quæ est accessio, pariter cum principali obligatione nascatur: Sed quæ pro bonis paraphernalibus est, non inchoatur, nisi postquam vir res alienavit, ** aut pecuniam consumsit, vel ab uxoris debitoribus accepit; idque propter verba *d. l. ult.* quibus hypotheca pro Paraphernalibus concessa, refertur ad exactionem pecuniæ a marito factam, verbis, *habeat hypothecam adversus res mariti, ex quo pecunias ille exegit.* Tamen etsi non desint, qui hypothecam pro paraphernalibus a primo tempore matrimonii, vel saltem ab eodem tempore, quo dotis hypotheca nascitur, initium capere statuunt, ut videre est apud Sandium *d.*

* Apud nos modo dos fuerit numerata, hypotheca, quæ uxori ratione dotis competit, (de qua dictum fuit *P. 1. p. 414.*) incipit a tempore copulæ sacerdotalis, *P. 2. C. 14.* ibique Carpz. *def. 1.*

** Jure nostro hæc Hypotheca paraphernalium ratione, a tempore illationis competit, *O. P. S. Tit. 45. §.* unter andern. *verb.* derer Güter halber, welche sie über das Ehe-Geld ihren Männern zubringen. j. Tit. 43. §. Was aber. *verb.* Wenn es verändert und nicht mehr verhanden. Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 3.* j. Zigler. *ad tit.*

tit. 12. def. 4. Sed priorem sententiam Curia nostra merito prætulit, etiam novissime in causa *Claeske Joukes Oenema cum soc.* contra *J. K. ante ferias Paschales 1650.*

3. Secunda species Hypothecæ legalis est, *pro liberis* in bona parentum, ejusque tres iterum sunt species particulares: I. Qua liberi habent jus pignoris in bonis patris sui, pro conservatione bonorum maternorum, * *l. 6. §. ult. C. de Bon. quæ lib.* II. Quæ competit liberis in bona parentis binubi, pro conservatione rerum, quas ille parens binubus a priore conjuge, vel a liberis prioris matrimonii consecutus est, quorum scilicet ususfructus ad patrem pertinet, proprietas apud liberos remanet, *l. 3. & l. 8. §. ult. C. de secund. nupt.* III. Species competit liberis in bona matris & vitrici, ratione tutelæ, quam mater gessit, a qua non redditis rationibus ad secundas nuptias festinavit, *l. 6. C. Quibus caus. pignus tacit.* atque hæc extenditur ad ea, quæ mater vitricusve pro tutoribus aut curatoribus egerunt, Sand. *l. 3. tit. 13. def. 2.*

4. Tertia species hypothecæ tacitæ generalis, datur pupillis & minoribus in bonis tutorum & curatorum, ** eorumque, qui pro tutoribus aut curatoribus egerunt, cujus hypothecæ originem aliunde petere non licet, quam ex *l. 20. C. de Administrat. tutor.* quæ est Constantini M. ante quem non legitur pupillis hypotheca tacita generali fuisse consultum. Quamvis autem hæc quæstio videatur esse historica, tamen & ad juris consequentiam pertinet; quia si jam olim ante Constantinum pupilli tacitam habuerint hypothecam, privilegium illos inter hypothecarios quoque habere, dicendum foret, quia satis constat, *privilegium* exigendi ante alios, olim ipsis datum fuisse, *l. 19. & seq. de reb. auctor. jud.* quod si tunc hypothecam non habuerint, nihil aliud quam privilegium inter personales creditores iis adscribi potuit. Nos tenemus, hypothecam ante *d. l. 20.* non fuisse stabilitam; etsi quod ad consequentiam ordinis attinet, de eo ad *tit. Qui potiores in pign.* videbimus. Ratio nobis hæc constat, quod legalis hypotheca non nisi e verbis alicujus legis expressis, *** qualis hic deficit, intelligi potest. Aliter juxta alios sentit Wissenbachius noster *Disp. ad ff. 51. parte 1. th. 11.*

SCHOLIUM.

Qui non quidem Textus adducit, in quibus pupillis hoc beneficium detur, sed conjecturas tamen adducit non improbabiles, ante d. l. 20. *pupillos jam pignus tacitum habuisse: quas inter potissima desumitur ex ipsis* d. l. 20. *verbis, quæ sane ita sunt concepta, ut potius declarent jus pupillis jam competens, quam ut novi quippiam disponant. An vero hoc jus tacitæ hypothecæ transeat in heredes pupilli,* vide Strauch. XXII. 3. & ibi not. p. 298.

RESPONSIO.

Equidem probabilia non pauciora habet pro negativa Anton. Faber Jurisp. Papin. tit. de Tutel. pr. 3. illat. 10. *quæ refellere satagit D. Wissenbach.* d. th. 11. *Quod ad verba* d. l. 20. *attinet, non uti-*

d. Tit. 45. d. §. verb. Welche sie über das Ehe-Geld. *p. 272.* Intuitu vero bonorum receptitiorum, ne jure Saxonico quidem hypotheca mulieribus concessa est, Carpz. *P. 2. C. 24. d. def.* nec pro alimentis, nisi in casu *O. P. S. t. 50. §.* Denn wenn einer. Imo licet leges Civiles privilegium hypothecæ ad donationem propter nuptias extendant, *a. l. 19. C. d. Jur. dot.* Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 6. n. 1.* Jure nostro tamen tantum ejus intuitu inter Chirographarios uxor refertur, cum de lucro captando certare censeatur. *O. P. S. §.* so wollen. Carpz. *d. l.*

* Jure Civili hæc hypotheca tantum intuitu bonorum maternorum, & materni generis liberis concessa est, *l. 6. §. f. C. de bon. quæ lib.* Carpz. *P. 2. C. 24. def. 17.* Lauterb. *Diss. d. tacit. pign. th. 34.* Bachov. *d. pign. l. c. 9. n. 9.* Dissent. Treutl. *V. 2. diss. 1. th. 4. lit. b.* Brunn. *ad d. l. 6. §. f. n. 15.* Sed *O. P. S. t. 45. §.* unter andern. eam ad omnia bona adventitia extendit, quorum administrationem pater habuit, Carpz. *P. 1, C. 28. def. 113.* in quam sent. pron. *Fac. Jur. Lips. M. Aug. An. 1700.*

** Hæc Hypotheca tacita, nostro Jure ex tempore confirmationis factæ regulariter incipit, *O. P. S. t. 45. §.* Ob auch wohl. Jure Civili a tempore, quo tutela suscepta est, aut suscipi debuit, *l. 20. C. d. adm. tut.* Ant. Fab. *C. l. 8. tit. 7. d. 1. n. 4.* qui terminus administrationis susceptæ etiam apud nos in protutoribus respicitur *d. §.* Fœminis autem in bonis Curatorum nulla hypotheca competit, quia hi consilio quidem eis subveniunt, sed bona earum non administrant. Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 15.* Moller. *ad. P. 2. C. 15. n. 86.*

*** Neque tamen legi Romanæ unice datum, tacitas constituere hypothecas, neque idem Juri non scripto & Moribus est denegatum. Prius assertum satis firmant exempla hypothecarum legalium ex lege Saxonica, *Ord.* nempe *Process. Saxon. Tit. 45.* in notis paulo ante adducta; adde Schilterum *in*

tur

tur quidem prolixa oratione Constantinus, ad significandum, se jus novum introducere: sed rem tradit, quæ nunquam tradita fuerat, quod constet, & quod adeo temere adfirmatur.

N. ADDIT.

I. Cum Autor adversus responsiones Wissenbachii, quas hic dat ad rationes Fabri, nihil excipiat, non poterat etiam ad illas rationes Fabri tanquam probabiles provocare. II. Lex Constantini hæc est: Pro officio administrationis, tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, & si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit. *Istud* minime prohibentur *indicat, quod Imperator de pignore tacito loquatur, tanquam de jure, de quo nullum sit dubium, non quod ipse de novo pupillis dederit. Quod vero Autor dicit, eum rem tradere, quæ nunquam tradita fuerat, in eo petit principium. Sed tamen, inquit, non constat ea de re, adeoque temere affirmatur. Verum vel argumento verborum allatorum, & rationum a Wissenbachio adductarum, id constat. Adde omnino Jacob. Gothofr.* ad Cod. Theod. eand. legem, quæ est 1. tit. 19. lib. 13. *ubi pluribus sententiam nostram, contra opinionem Autoris, quæ inventum Francisci Balduini est, defendit.*

Præcipuum, quo dissentientes moventur, argumentum est ex *l. unic. C. rem alien. gerent.* quæ est Severi & Antonini ad quendam pupillum vel minorem, ejus sententiæ, quod curator res *eum sua causa* potuerit alienare. Per *causam* intelligunt hypothecam tacitam pro administratione; Verum quid magis vetat intelligi, expressam illic hypothecam fuisse e Contractu, quam ex lege tacitam, cujus legis nulla fit mentio? præterquam quod *causa* multo melius ibi ad fructus aliasque accessiones rei cohærentis potest referri, quam ad hypothecam, sicut hoc sensu *causæ* vocabulum longe frequentius & usitatius, quam pro hypothecæ onere accipi constat, ut videre licet apud Brisson. *de verb. signif.* voce *causa.* nec aliter alienatio *cum sua causa* ab interpretibus accipitur ad *l. 67. D. de cont. emptione.* ubi Gothofred. Quod porro habet Wissenbachius noster, qui dissentit, ad *tit. Pand. de administ. tutor. th. 11.* veteres Imperatores hoc quoque semper egisse, ut pupillis quam optime prospectum esset, *arg. l. 2. §. 2. D. qui pet. tut.* parum valet ad tacitam hypothecam sine lege stabiliendam, quando & citra illam satis olim abundeque pupillis consultum fuit actione tutelæ, de rationibus distrahendis, rei vindicatione, si res ipsorum nomine vendita esset, denique per satisdationem. Quod igitur religio est Juris Consultis sine lege loqui, id in hac quæstione juridico-historica valebit, nec altius quam a *dicta lege 20.* repetemus hanc hypothecam. Sed quod modo in *scholio* movit Thomasius, an hæc hypotheca tacita duret in heredibus minorum, si causa jam, minore vivo, commissa sit, non multum habet ex jure dubitandi causæ, cum ipsa in integrum restitutio heredibus detur, *l. 6. de Rest. in int.* ac ita recte Carpzov. 4. *Respons. 1. 4. resp. 33. n. 9.* & Brunnem. *ad d. l. 20.* Multo minus adsentiendum Mornacio *ad l. 17. de pignor.* ubi docet, hanc regulam, *pignoris persecutio in rem parit actionem Creditori*, non esse intelligendam de Legali, sed tantum de conventionali hypotheca, quod non minus ab usu, quam a ratione juris antea demonstrata, est alienissimum.

5. Porro hujus quidem Speciei non dantur

Exerc. ad D. XXXIII. §. 28. ubi Sutorum Lipsiensium collegio tacitam hypothecam in bonis administratorum, ex concessione Electoris competere memorat. Quod ad posterius attinet, idem ille magnus Juris patrii Stator *Exerc. 24. §. 49.* ex Carpzovio docet, domino in bonis furis competere tacitam hypothecam, moribus, observantia, atque prudentum auctoritate, quod probat ill. Thomasius *in not. ad Tit. D. de Condict. Furt.* licet dissentiant JCti extranei, Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c. 5. §. 52.* Stryck. *in Usu Mod. Tit. de Condict. Furt. §. 9.* Ludovici *doctr. Digest. Tit. eod. §. 5.* Idem Schilterus *Ex. alleg. §. 39.* in provinciis Saxonicis longa consuetudine obtinuisse ait, ut rusticis, si in bonis venditis nec dominium nec hypothecam, usque ad plenam pretii solutionem, sibi reservarint, tamen hypotheca tacita ipsis adjudicanda sit; quod in Ducali Saxonia expressa constitutione firmatum. Denique morum constantia invaluit in Saxonia, in muneribus patrinorum seu pecunia lustrica, Pathen-Gelde, liberis tacitam hypothecam tribuendam esse a die baptismi Ita pronunciarunt *Scab. Lips. Mens. Jul. 1701.* JCti *Wittebergenses mens. Febr. 1708.* teste Bergero *Delin. Jur. Civ. 4. b. not. (f.) in f.* & JCti *Lipsienses, Mens. Jun. 1718.* teste ill. Menckenio nostro *ad O. P. S. tit. 45. §. 3.* Iidem, eodem annotante, derivari hoc pignoris jus ad matrem ratione dimidiæ partis pecuniæ patrinalis, quam jure successionis, cum liberi mortui sunt, consequitur, merito *pronunciarunt mens. Dec. 1711.*

plu-

plures species, sed extensio prodita est ad civitates, & similes universitates, quæ jure pupillorum & minorum uti, dicuntur in *l. 3. C. de jur. Reip. l. 4. C. ex quibus cauf. maj.* ideoque & ibi restitutionis beneficium merentur, quod etiam ad Ecclesias producendum, * per *l. 11. & 23. C. de sacrosanct. Eccles.* eadem scilicet analogia, quæ respondeat hypothecæ pupillorum; ut locum habeat in bonis eorum, qui res civitatium & Ecclesiarum administrarunt; nam alioquin in bonis debitorum suorum civitates nihilo magis habent hypothecam, quam pupilli atque minores aliis hac parte præferuntur, *l. 8. Qui pot. in pign.* Negusantius *de pignoribus, membr. 4. part. 11. num. 120.* Sand. *l. 3. tit. 12. def. 1.* In Brabantia vicinisque locis, non agnosci hanc tacitam pupillorum hypothecam scribit Stokmannus *decis. Brab. 96. n. 9.* negligentiæ & imperitiæ causâ magis, ut apparet, quam jure positivo contrario.

6. Quarta species legalis omnium bonorum hypothecæ, datur Fisco, tam in bonis administratorum, quam debitorum suorum, non modo ratione tributorum & vectigalium, sed etiam respectu æris alieni, *l. 1. & l. 2. Cod. h. t. l. 46. §. 3. de jure fisci*, ubi fiscus *semper* jus pignoris habere dicitur, hoc est, ita sicut expositum est, non infinito sensu; nam in pœnis sive mulctis exigendis, fiscum jure pignoris non gaudere, ** sed aliis creditoribus postponi, docet Modestinus in *l. 37. D. de Jure Fisci.* nec si privato hypothecam non habenti successerit, plus juris habet, quam is habuit, cui successit, *l. 1. §. 1. Quib. mod. pign. solv.* cæterum, posteaquam successit, habebit privilegium suum, ait *l. 6. in pr. de jur. fisc.* Atque hoc fisci privilegium hodieque etiam in illis locis, ubi pignus non nisi per actum publicum constituitur, obtinere, probat Stokmannus *decis. Brab. 40. n. 3. & seqq.*

7. Quinta species est hypotheca legatariorum & fideicommissariorum, quam dedit illis in bona defuncti testatoris, *lex 1. C. comm. de leg. & fideicomm.* de qua hoc singulare titulo præcedenti habuimus, quod non detur in solidum contra singulos heredes, nec quidem quatenus ex bonis defuncti possident, sed tantum pro partibus hereditariis, *d. l. 1.*

8. Hæ sunt species hypothecæ legalis omnium bonorum, quas in jure proditas accepimus. Sequuntur hypothecæ speciales ex lege, quæ pauciores numero sunt. Prima datur ei, qui credidit ad refectionem insulæ, h. e. ædificii; nam sic appellari domos, satis ex legibus & aliunde constat, de quo videatur Brisson. *de verbor. signific.* verbo *insula.* Papinianus ita etiam in *l. 1. h. t.* ubi & ampliat hanc positionem, quod non modo, si domino ædium credita sit pecunia, sed etiam si redemptori, locum habeat. Quæ res facit, ut paterfamilias ædificaturus diligenter advertere debeat animum, an redemptor, cui locat opus faciendum, satis sit solvendo; nam si ipse redemptori pretium, de quo convenerit, solvat, & hic, ut est hoc hominum sæpe leve genus, materiam ædificii debeat aliis, hi creditores actionem hypothecariam adversus insulam extructam habent, eaque dominus aut cedere, vel rursus solvere cogetur. Sed lex de *restitutione* tantum insulæ loquitur, nec ideo ad novæ domus ædificationem, vel ad operis publici, præter domos, confectionem, qua de re Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 7.* nec etiam ad navis reparationem extendi potest, blandiente licet similitudine rationis; nec enim habent aliam isti quam ex conventione hypothecam, *l. 16. C. de pign. l. 7. C. qui potior. in pign.* nec aliter accipere fas est *Nov. 97. c. 3. in princ.* ut probat D. Wissenbach. ad hunc titulum a *principio.* Sand. *l. 3. tit. 12. def. 5.* Proinde lege speciali opus est ad ejusmodi extensionem stabiliendam; nisi forte tam multo prægnantior sit ratio mercaturæ in aliqua gente, quam fuit apud Romanos, ut inde qui regnum forense tenent, unanimi consensu hypothecam ad refectionem Navium producant, quomodo de moribus Hollandiæ non dubitat Grotius *l. 2. Introd. c. 48. n. 14.* Non habet etiam locum hæc hypotheca legalis,

* His similibusque piis locis, etiam in bonis administratorum suorum jus tacitæ hypothecæ largitur *O. P. S. tit. 45. §.* so sind auch. *add.* Carpz. *P. 1. c. 28. def. 115.* Ziegler. *ad d. Tit. verb.* Welche einer Stadt oder Gemeine. iisdemque piis causis *d. Tit. Ord. Pr. Sax. §.* Weil wir. tacitam hypothecam pariter in bonis debitorum, quoties pinguius jus ipsis non competit, e. g. si obligatio ex mutuo dato oriatur, concedit Carpz. *P. 1. C. 28. dec. 116.* Id. *dec. 277.* cum Jure Communi talis tacita hypotheca nullibi ipsis tribuatur, Hart. Pist. *Obs. 68.* Negusant. *d. pign. P. 2. membr. 4. n. 121.*

** Jure Saxonico Electorali *per O. P. S. Tit. 43. §. 5.* Fisco pœnam in concursu exigente, tacita hypotheca ex tempore condemnationis, von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Straffe vertheilet worden, competit, modo exigens jura fisci habeat. Conf. ill. Mencken. *ad O. P. S. d. t. §. 19.*

si post

si post domum aliquamdiu exstructam, pecunia in solutionem illius impensæ credita fuerit, nec etiam, si reparatio non fuerit necessaria: idque propterea, quod hujus hypothecæ illa celebris ratio sit, *ne ædificia destruantur*, cujus rei curam legislator Romanus habuit insignem; Hoc autem periculum cessat, ubi domus jam pridem ædificata fuit, nec in voluptuariis substructionibus ullam rationis speciem habere videtur, per ea, quæ Sandius habet *d. t. 12. def. 5.* Quid vero si creditor probet, domum fuisse in eo statu, ut reparationis indigeret, scriptumque sit, eo pecuniam esse conversam, numquid amplius a creditore quod probet, exigendum? Non videtur; cum alioquin creditor ædificandi curam, quod facultatem non habet, suscipere cogeretur, *arg. l. 1. §. 8. & l. 7. de Exercit. actione.* nisi tamen longius spatium intercesserit, *arg. l. 24. de Reb. auct. jud. possid. in fine.*

9. Secundum speciale pignus ex Lege, datur dominis prædiorum locatorum; cujus etiam duæ sunt species particulares; prima datur urbani prædii Domino, in rebus invectis & illatis, *l. 4. h. t.* sub quibus non modo supellex, sed etiam res venales, quatenus in ædibus extant, comprehenduntur; etsi sub legato rerum, certo in loco existentium, res venales non contineantur, *l. 73. §. pen. de Legat. 3. l. 32. §. 4. de Aur. & arg. leg.* vid. Wissenb. *ad tit. de Pignor. n. 7.* Quid si Conductores sint pupilli & minores? Distinguitur, utrum conductio facta sit cum auctoritate Tutoris vel Curatoris, an secus. Si prius, eorum res invectæ ac illatæ tenebuntur, non obstante, quod sine decreto Magistratus alienari nequeant, *l. 1. & l. 2. de reb. eor. l. 22. C. de Administr. Tut.* & sub prohibita alienatione pignoratio contineatur, *l. ult. C. de reb. alien. non al.* Spectat enim illa prohibitio ad factum alienandi pignorandique, non ad tacitam legis operationem. Si vero sine Tutoris auctoritate facta sit Conductio, res invectæ non tenebuntur, quia contractus principalis, cujus hypotheca est accessio, non valet, nec aliter sentire puto Gailium *2. obs. 83.* Perez. ad *h. t. C. n. 6.* Wissenb. *ad h. tit. th. 19.* A quo *thesi præced.* movetur & hæc quæstio; Si conductor relocaverit ædes, an res secundi quoque conductoris tacito pignoris jure Domino teneantur, de quo nos actum in *tit. de Locat. conduct.* non agemus denuo. Sed hypotheca tacita in res invectas & illatas, in hoc a cæteris pignoribus differt, quod non detur adversus quemlibet rei possessorem ubicunque res illa reperiatur; siquidem alligata est hæc hypotheca locationi conductioni, ut si res alienatæ sint, extraque ædes conductas alio translatæ, per hypothecariam non repetantur, nisi pensionis nomine, dum adhuc essent in ædibus, præclusæ fuerint; sive, ut hodierno more loquamur, *arresto* fuerint comprehensæ: nam si tunc alienentur, id cum onere suo fieri intelligitur, neque res hypotheca liberantur, *l. 6. D. h. t.* Ex qua interpretatione patet, quomodo Nervam Juris C. Paulus ait derisum fuisse, quod servos ita præclusos, per fenestram dimissos liberari posse crediderat, (risum illum puto χαριεντισμὸν potius, quam sarcasmum fuisse: nec enim veteres JCti sibi mutuo insultare soliti sunt.) Atque ea res hodiernis moribus sine dubio servatur. Quod si res invectas & illatas publice contingat esse venditas, quamdiu pretium superest, per utilem hypothecariam in pecunias inde redactas agi potest, creditorisque in eam præferri, ordinarium est judicari, secundum ea, quæ *titulo præced.* exposita sunt. Altera species hujus pignoris, Domino prædii rustici datur in fructus ex eo fundo natos. *l. 7. h. t.* In res invectas & illatas non placuit, rustica prædia quod attinet, hypothecam tacitam dari; cum satis illa priore consultum videretur; in prædiis autem urbanis cum nulli sint fructus, præter res invectas & illatas, nihil erat, quod hypothecæ subjici posset, *l. 4. h. t.* expressa igitur conventione opus est, ut res invectæ & illatæ in prædiis rusticis obligatæ censeantur, *d. l. 4. & l. 7.* secundum quæ accipienda sunt verba *l. 5. C. de Locat. & cond.* ubi certi juris esse dicitur, ea quæ *voluntate dominorum*, coloni in fundum conductum invexerint, pignoris jure dominos prædiorum tenere. Si tu *Voluntatem partium expressam* intelligas, nihil ab re alienum dixeris, & est hæc ni fallor, communis responsio.

10. Pignus hoc ab Ordinibus Frisiæ ita ampliatum est, ut domini prædiorum non tantum in res a colono invectas & illatas, etsi nihil convenerit, verum in omnia coloni bona tacitam hypothecam habeant, pro mercede biennali. Si quid ultra biennium debeatur, id in ordine personalis crediti subsistit, salvo tamen jure legalis hypothecæ in fructus, vel expressa hypotheca; inprimis *registrata* per *Edict. de 22. Febr. 1656.* quod hanc rationem in præfatione Authentici Edicti præfert; quia dominus prædiorum cis biennium non potest expellere colonum, etsi nihil mercedis solverit. Lex, quæ Dominum cogit tamdiu re-

tinere cessatorem colonum, mercedis eo tempore cessuræ securum eum reddere debere videtur. Cui accedit, quod multæ locationes conductiones absque hypothecis conventionalibus fiunt, ideoque domini frequenter in concursu creditorum postponebantur, ipsi interim cum prædiis suis, oneribus publicis obnoxii manentes, ut latius *in Edicto*. Cujus æquissima ratio est, ut ei non male conveniat, quod Mornacius ad *l. 1. de Pignor.* observat, doctrinam pignorum ex iis esse, cui plurimum desit in arte Romana, & quam maxime a legibus temporum suppleri necesse sit.

11. Præter hasce duas species, nullum aliud legale pignus speciale jure civili proditum videtur, nisi addendum sit, quod is, qui captivum ab hoste redemit, tam diu pignoris instar in hominem redemptum habeat, donec lytrum restituatur, *l. 15. de Captiv. & post. l. 2. C. eod. l. 20. π. Qui testam. fac. l. 43. §. ult. de Legat. 1.* Sit hæc igitur tertia species. Secundum has Quartam hujus pignoris taciti particularis speciem, tradunt Interpretes pro *reditu annuo*, qui ex fundo vel ædibus solvitur, pro quo idem prædium tacito pignori creditur esse obligatum, ut multa auctoritate probat Sandius in *lib. 3. tit. 12. defin. 8.* remque ita judicatam cum jure civili conciliat, remota objectione, quæ movetur ex *l. ult. §. ult. D. de contrah. emt.* ex qua D. Schotanus in *examine ad hunc titul.* eandem sententiam probat. Videre opus est textum. Scævola; *Lucius Titius promisit de suo fundo centum millia modiorum frumenti præstare prædiis Caji Seji. Postea L. Titius vendidit fundum, quæro, an C. Sejo ad præstationem frumenti sit obnoxius: Respondit, emptorem C. Sejo obnoxium non esse.* Hinc argumentum illi ducunt hujusmodi; Scævola ait, ipsum *emptorem* C. Sejo non esse obnoxium, h. e. personam emptoris, non negat, fundum obligatum non esse; Sic illi. verum hæc est captio; Quæstio fuit, an promissio frumenti annui de prædio, pariat actionem contra tertium; Et respondet Scævola, non dari, tertium non teneri, non esse obnoxium: Ad responsionem Sandii modo relatam Thomasius ita.

SCHOLIUM.

Sandii responsio, ex Scævola captatorem verborum facit. Quæsitum enim erat, an emptor fundi ad præstationem frumenti sit obnoxius? *Quod verbum tam ad actionem personalem, quam ad hypothecariam quadrat. Illusisset ergo Scævola quærenti, si de sola actione personali verbo ambiguo respondere voluisset.*

Propius ad probationem juris acceditur *argum. l. 15. D. Qui pot. in pign.* ubi domino soli jus pignoris in superficiem, pro solario quod ei debetur, concedi legimus: nisi hoc ad dominii causam referre placeat, quemadmodum soli dominum superficiei quoque dominum esse, constat ex *§. 29. & 30. I. de A. R. D.*

12. Quantum a plerisque taciti pignoris exemplum speciale, ponitur in *Arresto*, quod æque moribus quarundam gentium, nequaquam juri civili, accepto ferendum. Sic autem multis in locis servatur, ut ubi Arrestum judicialiter fuerit confirmatum, ab eo tempore jus pignoris, & consequenter prælationis in ea re, quæ petitur, constitutum censeatur, qua de re Peckius agit in *Cap. 40. de jure sistend.* In Frisia jus civile, quod hanc arresti virtutem ignorat, sequimur; nec jus pignoris aut prælationis ei unquam adscribitur; nisi quod judicii militaris Prætor & Adsessores, diversum judicandi institutum *moribus* supra dictis conveniens, sequuntur & hactenus observarunt. Mornacius ad *l. 1. de Pignor.* de Galliis laudat Edictum Regium; quo ex sententia tam civili quam criminali datur hypotheca, sine mentione Arresti, quod ut nimis procul a Jure Civili recedat, ab illo tamen eximie probatur. Nescio an aliis idem videretur. In Arresto hæc ratio concurrit, quod illud universali fere Gentium instituto, rem adficit, inque rem actionem producat, quod prope satis ad hypothecam accedit.

13. Sed est alia pignoris taciti particularis species in Frisia, per consuetudinem, quæ vim legis habet, recepta; Coloni, qui habent superficies, id est domos prædiis a se conductis impositas, cum horreis, stabulis, hortis, molis, aliisque structuris, quando finita conductione recedunt a prædiis, Domini tenentur ad taxationem ædificiorum, ipsis tanquam bonæ fidei possessoribus præstandam; pro qua pecunia censentur habere tacitam in agris, qui domibus istis gravati dicuntur, hypothecam, & hæc consuetudo sæpe rebus judicatis est approbata, quemadmodum *ad tit. Locati Conducti loco peculiari* copiose probavimus. Addemus judicatum recens, unde constet, eum, qui superficiem habet, non tantum habere jus in domum materiamque, sed in fundos, inquam, quorum colendorum gratia domus ædificata fuit. Dominus agrorum foro cesserat, & Creditores de ordine hypothecarum disputabant. Colonus impetraverat taxationem ædificii, sed pecuniam

niam non acceperat. Tempore ædificationis præcedebat reliquos Creditores, ideoque se per tacitam hypothecam omnibus anteferri postulabat, ut e pretio agrorum, summa taxationis solveretur. Commissarius Curiæ prætulerat eum non pro pecuniis ipsis, de taxatione ædium competentibus, sed in ipsam domum; quasi jure quidem dominii domum istam sibi vindicare posset, creditoribus exclusis, secundum jus, quod dominos rerum ponit extra sphæram creditorum: quod autem ad reliquos nummos e taxatione debitos attineret, aliis creditoribus erat postpositus: unde hi sic argumentabantur, posse illum de domo agris imposita statuere quod vellet, pecuniam pro illa peti non posse, nisi reliquis creditoribus dimissis: hoc erat nihil. Sed a Curia creditoribus hypothecariis tempore posterioribus, quam erat jus superficiei ipsius, prælatus est Colonus, cum omni pecunia, quæ ipsi ex ædium taxatione debebatur; In causa *Joukjen Ulbes*, contra *Vlijbe Piers, ante ferias Paschales 1680*. Explicitæ sunt species hypothecæ legalis.

TIT. III.

Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt.

I. Quo sensu res aliena pignori dari nequeat, cum vendi possit. II. Quibus casibus alienæ rei pignus convalescat, ubi pugna l. 41. de Pign. act. & l. 22. h. t. *III. Casus alii, quibus directe pignus non valet, utiliter tamen sustinetur. IV. De rebus oppignorari & alienari prohibitis, & primo de causis probibitionis. V. De Domanio, differentiaque in hac parte Monarchiæ & Aristocratiæ. VI. De rebus Ecclesiasticis. VII. De bonis civitatium duplicibus. VIII. An & quomodo bona civitatium patrimonialia, vendi vel oppignorari possint. IX. De bonis fructuariis & pastoralibus. X. An a principe probibitio alienandi tolli possit. XI. Causæ, propter quas judex res probibitas pignori dari aut alienari permittere potest; ubi de alimentis.*

REgula juris est tralatitia; quoties, an aliquid facere quis possit, quæritur, dicere solemus, *posse qui non probibentur*, ut ex doctrina contrariorum sæpe res evidentius explicantur. Idem est hujus Rubricæ institutum; Etenim scire cupientibus, quæ res pignori vel hypothecæ obligari possint, suppeditantur in *hoc titulo* res, quæ obligari non possunt. At nec positiva deest regula, quæ res hypothecæ capaces suppeditat, petenda ex *l. 9. §. 1. de Pignor.* Quod *emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest:* quæ tamen primo auditu patitur hanc *objectionem*, quod res aliena sine ulla dubitatione vendi possit, *l. 28. de cont. empt.* sed rem alienam pignori dari non posse, non minus indubitatum est, *l. 9. in pr. l. 16. §. 1. & l. 22. in pr. de pign. act.* In eventu tamen non videtur tantum interesse, quantum ex his regulis oppositis colligi posse videatur: Nam sicut is, qui rem alienam ignoranti vendidit, tenetur in id quod interest, sic etiam qui rem alienam pignori dedit, ignorans etiam, in id quod interest conveniri potest, *d. l. 9. & l. 16. §. 1. de Pignorat. act. l. 3. C. si res al.* Quid igitur est, quod hic discrimen traditur? Equidem non tam in eventu, quam in principio naturaque fundamentali contractuum, quærenda differentia est. Quando res aliena venditur, contractus est perfectus ante traditionem, quam non ad perfectionem, sed ad implementum ejus pertinere, constat ex *§. cum autem. 6. Inst. de Empt. vend.* nec ad ejus perfectionem requiritur translatio dominii, vel juris alicujus in re, sed actio personalis; quæ, si venditor non sit dominus, effectum hujus contractus absolvit, *l. 11. in pr. & §. 2. de action. empt.* Verum quicunque pignus dicit, ipsum Jus in Re dicit, traditione præsenti constitutum, nec sine illa pignus intelligitur. Atqui personalis actio circa rem alienam facile nasci potest. Jus in Re, cum actor ipse Jus in re nullum habeat, haud quaquam constitui potest: Ita hæc res explicanda videtur; quibus adde sis Petr. Fabr. *2. semest. c. 17.*

2. Quia tamen ex conventione, vi legis adjuta, nascitur jus hypothecæ, nihil vetat, rem alienam sub conditione, quam omnis Conventio recipit, pignorari, *si quando nostra fiat, arg. l. 16. §. 1. D. de pign.* & directe ex *l. 3. §. 1. D. Qui potior. in pign.* ubi paterfamilias rem sibi debitam ac ita alienam, in casum, quo sua sit futura, recte pignori obligare dicitur. Atque adeo sic in universum colligimus; quicunque rem alienam pignori dedit, si postea dominium sit nactus, quasi ex nova voluntate pignus constituere videtur, idque ita convalescit, *l. 41. D. de Pignor. action.* Merito enim ex facto suo debitor pati debet, ut pignus conva-

convaleſcat, nec habet contradictionis ſpeciem: Sed pone, meum cognatum dediſſe rem meam pignori, meque deinceps ei mortuo factum fuiſſe heredem, an pignus etiam convaleſcit? Directe quidem non poteſt, quia ſine meo facto meaque voluntate res pignori data eſt ab eo, quia jus illud non habebat: ſed quia tamen ego heres, ad factum defuncti præſtandum teneor, hinc utilis hypothecaria creditori in rem meam, inſcio me pridem oppignoratam, dari, Modeſtinus adfirmat in *l. 22. D. de Pign.* Nota eſt diſcrepantia Pauli in *l. 41. de Pignor. action.* & difficilis conciliatio: nec in talibus prolixi eſſe amamus: Sive enim diſſentiat Paulus, ut valde vult D. Wiſſenbach. ad *tit. de Pign. ult. th.* ſive liceat dicere, quod in *l. 22.* fuerit ſimplex ignorantia Domini, & quod in *l. 41.* datum ſit invito Domino pignus ab initio, idque ferant verba *ſine mea voluntate*, non eſt dubium, quin ſententia Modeſtini ob æquitatem in foro prævalitura ſit. Plane, ſi creditor rem alienam fuiſſe ignoraverit, habet utilem hypothecariam; Scienti alienam fuiſſe, cum pignori daretur, actio *difficilius* dabitur, *l. 1. h. t.* tenerius, pro *non* dabitur, arg. *l. 16. §. 1. in fin. de Pign. act. l. 8. in fin. de Collat.* Wiſſenb. *ad h. t. th. 2.* Sed exceptio atque retentio facilius conceditur, id eſt ſine dubio, quamdiu verus Dominus eam non repetit: aut ſi debitor poſtea dominium ſit nactus; adverſus ipſum quoque proderit exceptio, licet actio adverſus eundem non daretur, quoniam ubi eſt utriusque conſcientia, rei alienæ vitio infecta, potior eſt conditio poſſidentis, *d. l. 1. in princ. de Pign. l. 16. §. 1. in fin. de Pignor. act.* Denique, rem alienam voluntate Domini recte ab initio oppignorari, & per ratihabitionem convaleſcere, non eſt dubium, *l. 20. eod. tit.* Quin & ſcientia domini juncta ſilentio in fraudem creditoris, firmatur, *l. 2. C. Si al. res pign.*

3. Sunt & aliæ ſpecies, in quibus utilis exceptio datur ei, qui ſtricto jure pignus acquiſiviſſe non videtur, qualis eſt, qui pignus a procuratore ſine mandato Domini, in cujus tamen rem verſa fuit pecunia, nactus eſt, *l. 1. C. Si res alien. pign. detur.* Exemplum aliud eſt in creditore, qui pignori a debitore accepit rem ipſam ab alio pignori datam; Nam ſecundus creditor, cui res a domino non eſt oppignorata, ſed a primo creditore, habet utilem actionem, & exceptionem, quamdiu Jus primi Creditoris durat: Namque ubi primus originalis debitor idemque Dominus pignoris, ſolvit quod debet, jus ſecundi creditoris evaneſcit, ac ita res redit ad dominum, *l. 13. §. 2. de Pign. & un. C. ſi pign. datum.*

DE REBUS NON OPPIGNORANDIS, NEC ALIENANDIS.

4. Hactenus de re aliena pignori data; Sed Rubrica latiorem poſtulat expoſitionem rerum, quæ prohibentur obligari. Eſt autem hæc prohibitio vel abſoluta, vel certo modo limitata; ſed hujus rei exegeſis nos ad rem altioris indaginis adducit, per regulam juris, quæ dictat; *ſub alienatione prohibita comprehendi pignoris dationem, l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* & quia non habemus locum proprium in *Pandect.* agendi de prohibita alienatione, quam ad *tit. Inſtitut. Quib. alien. lic. vel non.* delibavimus; hoc loco ſupplementa ejus collocare viſum fuit, talia, quæ alibi minus commode tractari poſſe videbantur.

Quod Alienatio ſit omnis actus, per quem dominium transfertur, conſtat ex *l. 1. C. de fund. dotal.* Sed cum de alienatione prohibita loquimur, ita eſt, ut diximus, contineri ſub ea quoque oppignorationem, ſervitutis impoſitionem, diviſionem, transactionem, compromiſſum, permutationem, dationem in ſolutum, & ſi qua præterea ſit ſpecies dominii tollendi, vel notabiliter imminuendi, ex *l. ult. C. de rebus alien. non alienand. l. 1. & l. 3. §. penult. l. 5. §. 8. l. 7. in pr. D. de rebus eorum qui ſub tut. & cur.* Ex definitione alienationis educitur hæc regula; *Dominus rem alienare poteſt*, niſi quatenus ipſi prohibitum eſt, ut vidimus ad *d. tit. Inſt. quibus alienare licet.* Inde repetendum & hoc eſt; cauſam prohibitionis eſſe vel immediatam ex Lege, vel interveniente facto, & quidem triplici, Magiſtratus, Teſtatoris, aut Conventionis. Prohibitio, quæ ſit ipſo jure, habet rationem perſonalem, aut realem; Rationes perſonales ſpectant vel ad perſonam, quæ prohibetur, vel ad alium. Reſpectu perſonæ prohibitæ ſciendum, res ſuas alienare vel oppignorare non poſſe, quibus nullum eſt animi judicium, ut infantes ſeptennio minores, item furioſos & mente penitus captos, per *l. 5. & l. 40. D. de R. J.* Huc etiam pertinent, qui judicio necdum firmato utuntur, ut infantia majores ſed minores annis 25, juxta prodigos, mutos, ſurdos & perpetuo morbo laborantes; denique mulieres nuptæ & omnes, qui in poteſtate curaque aliorum agunt, *§. 2. Inſt. Quibus alien. lic. §. 4. de Curat. l. 65. §. 3. D. ad SCtum Trebellian* Quid Juris ſit in alienatione, facienda per tutores & curatores, locus nobis occurret proprius in *tit. de rebus eorum, qui ſub tut. vel cura ſunt.*

sunt. Sed inter personas prohibitas sunt etiam Conjuges, qui sicut invicem donare prohibentur, ita pignori quoque res suas donandi animo pro se mutuo obligare non possunt, ut similiter ad *tit. D. de donat. int. vir. & ux.* videbimus. Filiusfamilias etiam nec alienare, nec oppignorare suas res, exceptis castrensibus & quasi-castrensibus, potest, de quibus in *d. tit. Inst. Quib. alien.* fuit actum.

5. Prohibitio respectu rerum, multa complectitur. * Primo enim hujus generis sunt omnes res commercio exemptæ, quales sunt publicæ & fisci res, inter quas *Domania* quæ dicuntur, bona ecclesiastica, atque templorum, quæ omnia tam pignorationis quam alienationis incapacia sunt, *l. 3. & l. 6. C. h. t.* nec homines liberi ex earum rerum numero sunt eximendi, per *l. 1. C. de Patr. qui filios distrax.* quanquam respectu liberorum hominum, qui ab hostibus redempti sunt, pignoris aliquid instar receptum videtur; potest enim, donec pretium restituat, qui redemptus est, detineri, *l. 15. de Captiv. & postlim.* Domania, quæ sunt bona Principi ad sustentationem exhibitionemque dignitatis destinata, vocantur res dominicæ, in *tit. C. Ne rei domin.* &c. videnturque diversæ a rebus, quas antiqui Scriptores Romani vocant *res Cæsaris*; Nam hæc fuere bona principum hereditaria, quæ ante Principatum habuerant, & quorum alienatio, quamdiu cum domaniis juncta non fuerint, non minus est libera, quam cuilibet suæ rei patrimonialis: sed *Domania*, sicut deinceps habita sunt hodieque habentur, nec alienari, nec oppignorari possunt, quia Principes tantum habent eorum usumfructum, proprietate penes Rempublicam in usum posteritatis remanente, quo nihil omni Europa notius & certius est. Etiam in Regno Galliæ, quod omnium in humaniore parte terrarum orbis παμβασιλικώτατον habetur; adeo ut superiore seculo Franciscus Rex I. pacis cum Carolo V. initæ ruptam fidem, hac unica ratione defenderit. Non posse igitur domania vendi vel alienari, sine consensu populorum, certissima doctrina est. Sand. *lib. 3. tit. 3. def. 1.* Quid in Aristocratia Juris sit hac parte, & an Optimates bona Reipublicæ per se alienare possint, non memini ab ullo Scriptore tractatum. Ex ratione juris, *in thesi* negandum videtur; quia Optimates non habent plus juris, quam Regibus simpliciter constitutis datum intelligitur; Sed hoc interest, quod in Regno domania distinguuntur a bonis Reipublicæ; quod in Aristocraticis non habet locum; etsi forte Domaniorum appellatio illic etiam seorsim usurpetur, ut apud nos ex Regiæ potestatis reliquiis obtinuit; Non sunt optimates fructuarii talium bonorum, sed jure proprietatis simpliciter ad Rempublicam pertinent. Quando igitur optimatibus jus arbitriumque omnium rerum a populo datum est, aut a tempore immemoriali competit, non videtur hæsitandum, quin iisdem dispositio de bonis pecuniisque publicis delata sit, aut competat. Nec enim dubitari potest, quin Senatus Venetus, Ordines Hollandiæ Frisiæque, bona Reipublicæ alienandi potestatem habeant, si res ita ferat, ut hoc jure utendum putent. Olim id poterant Principes, cum Ordinum, scilicet consensu. Principibus amotis eorumque jure in Ordines relapso, hos solos id posse, consentaneum est.

6. Juxta dominicas sunt res Ecclesiasticæ, quas minime alienare, proinde nec oppignorare licet, nisi ex causa necessitatis, aut evidentis utilitatis. Ad necessitatem pertinet redemptio captivorum, solutio æris alieni, & sustentatio pauperum extremæ tempore famis, *l. Sancimus. 21. C. de Sacrosanct. Eccles. Nov. 120. c. 6.* Utilitatis ratio permittit eas res alienari, si nullus fere, ut nunc est, reditus e bonis proveniat, *Nov. 119. c. pen. & Nov. 120. c. 1.* qua in re hæc bona discrepant a rebus pupillorum & minorum, quas utilitatis causa nullo modo alienari posse, dictum est alias, & videbimus *in loco*. Modus, quo Jure Civili harum rerum alienatio fieri debet, exponitur in Authenticis *d. l. 21.* subjectis, a quo non abhorrent mores Gentium, habita ratione cujusque Reipubl. Mos juris Frisici circa res Ecclesiasticas templorumque alienandas, præscriptus est in *l. 1. Stat. tit. 17.* & relatus a nobis in *part. 1. Jurisp. hodiernæ lib. 2. c. 55.*

7. Bona civitatum, aliarumque universitatium, sunt duorum generum: Vel enim ad Jus Regalium pertinent, & pendent a dispositione Summæ potestatis in quaque republica, vel sunt patrimonialia. Res prioris generis sunt portus, flumina, viæ publicæ, muri quoque & portæ civitatium ut, videtur,

* Pertinent huc & feuda, quæ sine domini directi consensu, regulariter nec alienari, nec hypothecæ subjici possunt. *II. feud 55.* ubi Jure Saxonico Electorali, ne quidem hypotheca domino consentiente legitime impetrata, sine novo consensu, in alium transferri potest. *Ord. Proc. Sax. tit. 46. §.* Es lassen. ibique Martin. *n. 5.* Carpz. *L. 5. Resp. 36.* Heig. *P. 2. qu. 5. n. 28. sqq.*

videtur, quia jus muniendi ad *armandiam* & ad regalia pertinet; ideoque a nemine possunt alienari vel oppignorari, jure novissimo, *§. 4. Inst. de Legat. l. 39. §. 8. & seqq. de Legat. 1.* & per *l. 137. §. 6. de V. O.* Ideoque sub hypotheca bonorum Civitatis non continentur; nec proinde si qua Civitas a Creditoribus suis ad necessitatem cedendi bonis redigatur, non esse quod muris & portis cedat, respondimus aliquando Civitatis cujusdam Rectoribus ea de re consultantibus, etsi alia quædam Civitas idem actura, portas & mœnia bonis quoque cedendis, ex consilio juris peritorum minus perito adnumerasset. Jam diximus *in Parte I. pag. 86.* portas & muros esse Reipubl. quemadmodum & portus; non singulorum municipiorum, etsi forte sumptibus illorum sustententur; quanquam id in Frisia secus est: Hoc enim imperio & nomine Reipubl. cui subjecta sunt municipia, fieri intelliguntur, vide *lib. 4. Feud. tit. 56. Quæ sunt Regalia*, & ibi *Interpp.* Sed bona patrimonialia Civitatum sunt domus, agri omnesque reditus stabiles, qui alienationem recipiunt, si consentiant omnes, vel major pars Curialium & possessorum civitatis, ad quam res pertinent, *l. ult. C. de vend. reb. civitat.* Sed ut hodie res sunt nostræ, Sandius requirit tres omnino conditiones ad ejusmodi rerum alienationem; primo decretum eorum, quibus in quaque universitate jus est de bonis disponendi, quales in agris sunt proprietarii suffraganei, quos heic vocamus, & in oppidis magistratus ac decuriones. II. ut decretum illud Supremæ Curiæ actis insinuetur, & III. ut venditio publice per auctionem celebretur, *Tract. de prohibita rerum alienatione Part. 1. c. 8.* Cum autem sub alienatione prohibita comprehendatur oppignoratio, in hac etiam requiri videntur duo saltem priora requisita. Nam auctioni publicæ non esse locum in hypothecis, res ipsa loquitur; quanquam & secundum, de insinuatione in acta Curiæ, non sit usu receptum, non utique certe in hypothecis.

8. Sed an in contradictorio validæ forent hypothecæ, sine requisitis illis contractæ, quæsitum & dubitatum est. Pro affirmativa facit, quod nec in Jure Civili, nec in Statutis Frisiæ, talis insinuatio in acta Curiæ requiratur, & quod jam pridem civitates eodem modo æs alienum contraxerint suaque bona pignori obligaverint, quo privati id instituunt. Pro negativa, quod cum in omnibus universitatium bonis alienandis decretum Curiæ requiratur, & sub alienatione semper hypotheca contineatur, hic casus aliter accipi non posse videatur. Cui accedit, quod facilitas obligandi bona civitatum aliarumque universitatium, adeo dissoluta sit, ut merito aliquod frænum requirat. Judicium Curiæ Supremæ hac de re, nullum adhuc exstat. Sed creditores civitatis non ignobilis in Frisia, cum apud Forum agerem, hanc quæstionem ventilaverunt, in casu concursus & prælationis Creditorum illius Civitatis. Et quidem a Commissario Curiæ probatæ sunt hypothecæ ex decreto Magistratus & Decurionum, sine consensu Curiæ vel insinuatione in acta publica, contractæ; Postpositi creditores appellaverant, sed errore negligentiaque fatalibus appellandi commissis, ad Judicium Curiæ res non pervenit. Forte nihil erres, si nec Jure Civili, nec Statutis Frisiæ, plus ad oppignorationem rerum civitatis requiri statuas, quam decretum Magistratuum cum Senatu, & qui in aliis universitatibus simile jus habent. Nam citata *lex ultima* nihil amplius requirit, præter urbem Regiam, quæ Imperatoris eget consensu. Statuta Frisiæ præscribunt modum alienandi res templorum, Ecclesiasticas, Domuum miserabilium; at Civitatium, Præturarum, pagorumve non meminerunt. Hæc ita in municipiis membrisque majoris Imperii subjectis; Nam civitates liberæ, quæ superiorem non agnoscunt, nullis legibus, quo minus suo arbitratu publicas res alienent, ab alio circumscribi possunt, ut Sand. *d. c. 8. num. 12. & seqq.*

9. Ad prohibitionem respectu reali, pertinent res dotales, de quibus dicta *ad tit. Instit. quib. alien. licet.* non repetimus. Nec est necesse monere, bona fructuaria non posse pignori obligari, quod diutius quam ususfructus duret, ut apud nos quoque locum habet in ea parte bonorum Ecclesiasticorum, quorum Pastores habent usumfructum; qui propterea nec domos prædiis pastoralibus impositas vendere, agrosque subjectos eo modo pignoris jure gravatos ad Successores transmittere possunt, quod tamen superioribus annis in hac provincia crebro factum, gravibus incommodis occasionem præbuit, quibus Ordines Frisiæ remedium posuerunt lege lata *die 21. Febr. 1685.* de qua egimus in *d. cap. 55. Jurisp. hodierna 25. & seqq.* Denique, litigiosa bona quod alienari nequeunt, ad alium quoque *titulum* pertinet, *infra* de Litigiosis.

10. Sequebantur prohibitiones ab hominibus factæ, tam a Magistratibus, respectu prodigorum, quam testamento: sed de prodigis agendi locus erit

erit ad *tit. de Cur. fur.* De prohibitione testamentaria agetur, ubi ad locum de *fideicommissis* pervenerimus. Ad hoc caput pertinet quæstio, an Princeps sive summa potestas Reipublicæ, prohibitionem alienationis vel oppignorationis, tollere possit. Communis sententia vult, id non licere, quod attinet ad testamentariam prohibitionem, licet aliter sentiant de alienatione, quæ per legem fit, aut a Magistratu, referente Sand. *dict. tract. in Coronide.* Sed verius est, inter jura summæ potestatis recte referri jus liberandi onere fideicommissi bona, quæ sine gravi incommodo sub hoc onere possideri nequeunt: ut in nobilissimis familiis & magnificis prædiis, sæpe fieri videmus, quando ad plures possessores res, cum ipsa individua sint, vel difficulter divisionem recipiant, devolvuntur. Atque ita videmus indistincte jus hoc a Principibus liberisque Rebuspublicis exerceri: quanquam nostri Ordines Frisiæ laudabili moderatione adhuc quod intellexerim, juris privati dispensationes suarum partium non fecerint. Et Curia Suprema constanti & religiosa observatione jus secundum Leges dicere, quam utilitatis prætextu, singularibus indulgentiis eam vim resolvere mavult. Meminimus, cum ejusmodi libellus ante aliquot annos Curiæ oblatus esset, in quo justissimæ causæ remittendi aliquid de rigore fideicommissi memorabantur, Commissarium libellorum supplicum rescripsisse, *Curiam permittere alienationem:* diu postea cum illud Rescriptum in Senatu proferretur, ejus rationem non fuisse habitam: Etsi Curia nostra alioqui in parvis Majestatis juribus, quæ ad judicialia pertinent, ab antiquo Principem repræsentet. Antehac in Hollandia jus liberandi bona fideicommissaria hoc onere, a Suprema Curia exercebatur; sed dein factum audivimus, ut Ordines eam potestatem sibi vindicaverint, quemadmodum a Juris Publici Scriptoribus ad minora jura Majestatis unanimiter refertur; utpote ministerium legum, quale est Judicium, excedens & supra leges evidenter adscendens. *Edict. Ordd. Holl. d. 23. Jul. 1670.*

11. In nostra Curia non nisi juridicæ admittuntur causæ, quales sunt æs alienum auctoris fideicommissi, *per §. ult. Inst. de Leg. Falc. l. 16. C. eod.* Impensæ in res alias ab eodem alienari prohibitas, necessario faciendæ, *arg. l. 22. §. 3. ad Sc. Treb. l. 53. de Hered. petit.* dotes & alimenta liberorum, *Auth. Res quæ. C. Comm. de Legat. & fideic.* De studiis idem Menoch. *l. 4. præs. 191. n. 12.* quod idem admitti posse, si filius a Patre vivo studiis sit adhibitus. Quod extensum est a Curia ad ejusmodi propinquos, qui a Testatore fideicommissi auctore fuissent alendi, quamvis ex linea collaterali, ut Nauta refert esse rescriptum ad libellum heredis cujusdam gravati, qui ut bona fideicommissaria pignori dare liceret, pro duobus florenorum millibus in usum alimentorum ejus mutuo quærendis, petierat, *d. 26. Aprilis 1656.* Cæteroquin, etsi bona corruerunt, non permittitur alienatio, sicut, me referente, rescriptum est matronæ, quæ domum & agrum fideicommisso gravatos possidebat. Domus annosa non poterat stare diutius, neque locari, impensis reparationum excedentibus vires supplicantis: Erat emptor, vicinus, non spernendo pretio, quod fœnori collocandum offerrebatur; nihil tamen impetrare potuit, impetratura facilius, si petiisset, ut de agro tantum sibi vendere liceret, quantum ad reparationem domus fuisset necessarium, *mense Febr. 1682.* Hæc etiam referri possunt ad Fideicommissi doctrinam, cujus est locus inferior.

Tit. IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, & De his, qui in priorum Creditorum locum succedunt.

I. Creditoribus præferendos dominos. II. Etiam venditores, fide non habita, & qui jus in re habent. III. Non tamen pro pensionibus præteritis. IV. Hypothecarios præferri personalibus, exceptis funerum, & judicialibus, auctionumque impensis. V. Salaria Advocatorum an habenda pro judicialibus, distinguo. *VI. Secus ac in sportulis &c. VII. Ex Hypothecariis Privilegiatis primum jus Fisci in causa primipilari, & cum tempore prior est. VIII. Haud æque in tributis, quæ male confundi cum causa primipilari. IX. Quatenus idem jus Quæstoribus & Collectoribus competat. X. De Privilegio Creditoris in militiam. XI. Privilegium mulieris in dote. XII. Quintum locum variis dari, inprimis qui ad rem emendam credi-*

crediderunt. XIII. De probationis in hoc articulo exactitudine. XIV. Non dari hoc privilegium, nisi hypotheca conventionali. XV. An & quando, procuratores & Advocati in rebus judicatis suo patrocinio obtentis, ad hunc ordinem spectent. XVI. Fiscum & pupillos, non nisi certis casibus esse privilegiatos, ubi de pugna l. ult. h. t. *cum* l. 28. de jur. Fisc. *XVIII. An domini directi ratione pensionum præteritarum huc pertineant.*

QVemadmodum finis pignorationum est Solutio debiti, ita si, quod omni die accidit, multis nominibus obligato debitori vivo vel mortuo funus fiat, * oritur sæpe *μέγας ἀγὼν ἐπιτάφιος, magnum funebre certamen*; ejusmodi tamen, ut ex jure manu consertum, non ferro, sed doctis dictis singuli pecunias suas repetant: Qua in re multa opus est prudentia, ut fiant ex Arte, sine Marte *dispartiti viri, dispartiti ordines.* Negotium totum certis regulis gubernatur, quarum prima omnium, præmunimenti loco magis servit, quam in acie ipsa consistit. Certamen est inter Creditores, quibus actio personalis in debitorem pignore firmata competit, nostratibus *Inschuldt.* Nec ideo Proprietarii, quibus aliquod jus in Re constitutum est, sive dominium, sive ususfructus, vel superficies, aut Emphyteusis, vel annuus ex fundo reditus, aut aliud simile genus *van beheeringe*, (liceat ita loqui,)competit, ad hunc conflictum vocantur, verum hi suas res suaque jura sine controversia, ** si modo probentur illis competere, præcipiunt, iisque manum injiciunt, *l. 24. §. 2. in fin. de Reb. auct. jud. possid. l. 1. C. de Privil. Fisc.*

2. Dominorum numero habendus etiam venditor, qui fidem de pretio non habuit, *§. 41. I. de A. R. D.* ubi diximus *in Parte I. Prælect. pag. 121. in fin. & seq.* Rursus *ad tit. ff. de contrab. empt. pag. 975. Part. II.* Quibus adde sis Gail. *l. 2. obs. 15.* Qui fidem, inquam, de pretio (quod in dubio

* De Concursu ‡ & classibus Creditorum, *P. 1. C. El. 28.* & imprimis *Ordin. Proc. Saxon. Tit. 41. sqq.* possunt videri. Constituit autem dictus titulus 41. §. Es sind aber insgemein. quinque Creditorum classes, ‡‡ primam eorum, qui prærogativam habent præ omnibus, alteram hypothecariorum cum privilegio prælationis, tertiam hypothecariorum simplicium, quartam personaliter privilegiatorum, ac denique quintam Chirographariorum. Jure Communi alii totidem, alii plures, alii etiam pauciores classes constituunt. Ziegler. *ad d. Tit. 41. verb.* fünff unterschiedene Classes.

‡ Orto concursu statim omnium facultatum, quo denique nomine veniant, judiciali obsignatione prævia, inventarium, recisis omnibus sumtibus minus necessariis, est conficiendum, Curator bonorum a judice bona fide & ex officio constituendus, juramento obstringendus, debitor autem ab omni administratione penitus excludendus. Uti ille curator commoda concursus omni modo promovere, &, quicquid est nominum, exigere tenetur; ita, quam primum fieri poterit, ad auctionem mobilium & subhastationem immobilium est procedendum, bonaque pluris licitanti sunt adjudicanda, neglecta omni protestatione, & appellatione, de qua postea ad Judicem superiorem ex officio erit referendum. Qui vero jus retentionis pignoris vel aliud quodcunque, sibi in bonis competere ajunt, sciant, ex rerum pretiis simpliciter sibi legitimo ordine esse satisfaciendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 41. §. 1.* Creditores omnes noti ignotique, sub præclusi pœna edictaliter citandi, indultis spatiis Saxonicis duobus, vel, si feuda nobilia, aut mercatores concursum patiantur, tribus, qui intra ista spatia non comparent, absque sententia comminatoria pro præclusis habendi, exceptis iis. quibus beneficium restitutionis in integrum competit, qui designationis sententia nondum in rem judicatam versa, adhuc admittendi audiendique sunt. *d. Tit. §. 2. & sequentibus*, ex quibus omnem in concursu procedendi modum colligere est, hic, quoad omnia & singula momenta, minime repetendum.

‡‡ Quæ jure novissimo judiciario ad tres redactæ sunt, ut ex iis patebit, quæ producentur ex *O. P. S. E. I. & E.*

** Etiam *Ord. Proc. Sax. tit. 42. pr.* concursui non immiscet eos, qui ex dominio res suas sibi vindicant, ‡‡‡ e. g. deponentes, si res deposita extet. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 15.* locatores, qui vaccas ferreas, concursu in bonis coloni orto, recte præcipiunt. Richt. *de Privil. & Concursu Cred. c. 2. membr. 1. n. 23. seqq.* ubi *n. 28.* subjicit præjudicium. Eodem jure vidua, vel uxores, res suas apud maritum extantes repetunt. Carpz. *ad d. C. d. 13.* & liberi bona propria a patre vindicant. Id. *d. l. d. 14. add.* Mencken. *Disp. de rebus uxorum extantibus a concursu separandis, quæ est Volum. disp. 16.*

‡‡‡ Jure etiam novissimo res in natura superstites, quarum proprietas penes alios est, ut deposita, res apud debitorem ut commissarium repositæ, & quicquid uxoris est liberorumque, merito separantur & proprietariis restituuntur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 42. pr.*

non præsumi, *dd. locis* probavimus,) non habuit, rem vendicare potest, neque cum Creditoribus disceptare cogitur. Addit Thomasius ad *posit. nostram t. h. t.* idem jus habere *eum, qui fidem quidem habuit, sed ad habendam fidem dolo inductus est;* quod potest admitti, si dolus valde singularis atque ad eam rem applicitus fuerit, quemadmodum Gail. *d. loc. Si cum tempore venditionis jam erat non solvendo emptor, jam antea cessionem vel fugam præcogitaverit, tali casu fides habita, cum dolus ei rei causam dederit, pro non habita, nec res tradita, sed fraudulenter ablata censetur, arg. l. 3. de Pign. act.* Quod si alias tralatitio dolo mendacioque fidem emptor sibi fecerit apud venditorem, non dixerim, ubicunque dolus aliquis argui potest in Emptoris persona, dominium rei venditæ esse reservatum; maxime, si non modo in concursu Creditorum, sed etiam contra tertium rei vendicatio sit exercenda, quemadmodum res fide non habita venditas, ubique locorum in nundinis & aliis mercatibus vendicari posse, docet Gailius, ac ita causa quadam se meminisse in Camera judicari, testatur *d. cap. 15. in fin.* Idem juris erit in pacto reservati Dominii, secundum ea, quæ *ad tit. de Contrab. empt. in fine* demonstrata sunt, quemadmodum de rebus commodatis, depositis, & pignoratis indubitatum est.

3. Juxta dominium proprie dictum, idem de reliquis juribus in Re constitutis statuendum; Quando Creditores bona debitoris sui excutiunt, qui habent emphyteusin, superficiem, usumfr. annuumve reditum, de illis juribus nihil periclitantur, ut tamen pensiones, quæ pro annis præteritis debentur, quæ non sunt jura in Re, sed præstationes, hypothecarii crediti more censeantur, quod etiam nec aliter observatur; modo non contra statuat *lex 15. h. t.* quæ superficiem in alieno positam, pignori dari posse docet, *ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium, id est merces pro soli usu, l. 1. §. 17. Ne quid in flum. publ.* Non puto, ad annos præteritos hoc esse referendum, sed ad tempus, quo fit concursus, & deinceps; ipsum jus soli manet in superficiem; cujus effectus est solarii exactio, si non solvatur, sicut is, cui reditus ex fundo debetur, salvum habet jus petendi reditus, si non solvantur. De præteritis, quæ solvi debuerunt neque exactæ sunt, pensionibus non est ratio, ut directus dominus plus juris habeat, quam dominus plenus habet in pensiones sibi ex re sua debitas, qui certe in ils non præfertur.

4. Creditorum divisio summa est in Personales & Hypothecarios, προσωπικὺς καὶ ἐνυποθήκυς, ut Græci. Personales, qui personam duntaxat habent obligatam, sine pignore vel hypotheca; quales quia chirographis fere subsignant, *Chirographarii* quoque vocantur. Utrique, tam chirographarii, quam hypothecarii, sunt vel tales *respective* tantum, vel privilegiati. In omnium conflictu prima est hæc regula, *Hypothecarii præferuntur personalibus, l. 3. l. 9. & l. 10. C. h. t.* cujus rei hæc est ratio, quod hypotheca sit jus in re fixum, rem afficiens totam, quod alio jure subsequente non potest refigi, vel removeri; cum personales Creditores nihil quam personam debitoris, habeant obligatam jure dandi aliquid vel faciendi, quod nihil vetat eodem tempore pluribus deberi. Sed ut nulla regula suis caret exceptionibus: Ita & Personales nonnulli, secus ac regula dictat, Hypothecariis præponuntur, * quales sunt qui in funus impenderunt, *l. 14. §. 1. ff. de Relig.*

* Hi sunt, quos Ordinatio nostri Processus in prima classe constituit, ac sequenti locat ordine: ‡ impensas in concursum factas faciendasve. II. residuum pretii ex re, in qua sibi venditor dominium vel hypothecam in residui pretii securitatem, in ipsa traditione vel ante eam reservavit. *O. P. S. Tit. 42. pr. §.* in Erwegung. §. also auch. ubi reservatio etiam extrajudicialis sufficit, ut *supr. P. III. p. 1018.* fuit monitum, nisi quod in bonis feudalibus sine domini directi consensu ea fieri nequeat. *a. II. f. 55.* Carpz. *l. 4. Resp. 28.* Id. *P. 1. C. 23. d. 18.* ceu *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jan. 1705.* Dissent. Berl. *P. 1. Concl. 64. n. 35.* III. Creditores, qui debita Jure hypothecæ exigunt constitutæ, antequam debitor fundum acquireret, *d. t.* §. gleiche. Carpz. *P. I. C. 28. d. 22.* qui etiam venditori, sibi postea dominium aut hypothecam reservanti, præferentur. Lyncker. *dec. 244.* Carpz. *l. 4. Resp. 27.* IV. Famulos mercedem petentes, das Liedlohn, quo privilegio fruuntur personæ domesticæ, quæ pane & victu debitoris fruuntur, die wesentlich bey ihm in seiner Behausung an seinem Brodte, oder an statt dessen in einem gewissen Kostgelde seyn. *d. Tit. 42.* §. nächst diesen soll. atque ad hanc classem etiam pædagogi, scribæ, cultoresque agrorum pertinent, in convictu dominorum existentes. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 26. 29. & 37.* si modo non ratione hujus mercedis a debitore usuras acceperint. Carpz. *d. l. def. 33.* V. Sumtus in funus facti. *d. Tit.* §. Ferner soll. VI. Tributa, Collectas, aliasque exactiones publicas, Schoß, Steuer, und was auf den Gütern zu Bezahlung Kirchen- und Schul-Diener,

quibus cum usu Fori comparentur sumptus in morbum ultimum facti, * his idem jus tribui, consentaneum est, dissentiente licet D. Matthæo *disp. de Judic. 14. th. 8.* Excipiuntur etiam sumptus judiciales, facti in hereditatem jacentem, ** *l. ult. §. in computatione 9. C. de jur. delib.* quibus accenseri possunt sumptus venditionum explicandarum causa facti, *l. 72. ad L. Falcid.* maxime ubi publicis auctionibus cum effectu paratæ executionis, ut fere semper apud nos in rebus mobilibus, fiunt venditiones. Hac occasione referam, quod aliquando quæsitum est; Actuarii venditionum publicarum, pro sumptibus stipulari solent ab emptoribus vigesimum

oder anderer milden Sachen, zu entrichten, als Decem, item jährliche Zinsen von wiederkäufflichen Haupt-Summen, und dergleichen Onera realia. VII. Pecunia hæreditaria, sive pecunia, quam hæres cohæredi ex bonis immobilibus hæreditariis titulo familiæ ercifcundæ, singulis annis, aliisve solutionis terminis præstat, das Erbegeld, *d. §.* Ferner. *verb.* und dann das Erbegeld. quo jure prælationis etiam fruitur emptor pecuniæ hæreditariæ, Carpz. *ad. d. C. 28. def. 61.* non tamen adversus tertium possessorem rei immobilis venditæ, Philipp. *ad Dec. El. 7. obserb. 4.* conf. Mencken *Disp. de pecunia hæreditaria c. 2.* Cæterum qui ordine hactenus exposito, secundum Jus Saxonicum, in prima classe collocantur, non pro rata suas portiones consequuntur, sed, juxta privilegii prærogativam, alter alteri præfertur. *Ref. Gr. d. an. 1653. 57. gr. tit.* von Consistorial-Sachen. *gr. 5.* Carpz. *ad d. C. 28. def. 12.*

‡ Novissimo jure primam classem occupant hoc ordine; I. Sumtus concursus, quicquid pro inventario conficiendo & æstimatione facienda, cum judici, tum curatori bonorum & litis solvendum, quicquid pendente concursu, ad conservandos colendosque fundos, curam ædium, colligendos fructus, custodienda mobilia impensum, qui sumtus creditoribus, quibus satisfit. pro rata sunt decerpendi. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 42. §. 1.* II. Quicquid pecuniarum tempore incursus hostilis ad tributa solvenda, & quicquid frumenti ad colendos agros in magna annonæ caritate mutuo datum, cum interesse moræ. *d. Tit. §. 2.* III. Impensæ funebres pro facultatum modulo, & judice moderante. *d. Tit. §. 3.* IV. Quicquid ob ultimum morbum medico, chirurgo, apothecario, fœminæ, quæ ægroti curam habuit, & ei, qui alimenta præstitit, debetur. *d. Tit. §. 4.* V. Residua famulorum merces, denenjenigen Personen, welche wesentlich in des Debitoris Diensten und an seinem Brodte gewesen, oder an dessen statt ein gewisses Kostgeld bekommen, iedoch weiter nicht, als wegen derer letztern 3. Jahre vor des Schuldners Absterben, oder vor dem entstandenen Concurse. *d. Tit. § 5.* VI. Debita, quæ fundo oneris realis instar ante inhæserunt, quum debitor eum compararet, secundum temporis, quo illa in fundo constituta, ordinem. *d. Tit. §. 6.* VII Residuum pretii, cujus nomine venditor dominium vel hypothecam judicialiter sibi reservavit, in feudis consensu domini impetrato, in allodialibus bonis, facta super hoc cum negocium confirmaretur, in libro consensuum judiciali annotatione; pecuniæ itidem hereditariæ, si reservatio dominii aut hypothecæ simili modo, judicialiter facta. *d. Tit. §. 7.* VIII. Onera: Schoß, Steuer, *Contribution-* D. *fens*[illegible]n- und *Militz-*Gelder, nec non, *Decem,* Opffer-Pfennige, Wächter-Zins, Erb-Zins, Hufen-Gelder, Wacht-Geld, Lehn-Waare, und dergleichen, nach iedes Orts Gebrauch und Gewohnheit, absque temporis discrimine & pro rata, ex iis tamen unice bonis, quibus inhærent, & ex mobilibus, nec nisi ea, quorum dies intra quinque annos ante motum concursum venit; quibus antiquiora ejusmodi debita, nisi eorum solutio præcepris jam sit injuncta, aut executio jam petita, illi, quibus colligendi cura injuncta, a se solvi deberi sciant. Reditus annui redimibiles, ut jure reali gaudeant, judiciali consensu opus habent, nec prioritatis commodo ulla ratione fruuntur, nec consuum tribus ante motum concursum annis antiquiorum nomine quicquam debetur. Iis etiam redituum annuorum Dominis, qui judiciali hypotheca nondum gaudent, sexennium ad agendum, aut judicialem hypothecam constituendam est relictum. *d. Tit. §. 8.*

* Idem expresse cautum est *Ord. P. S. t. 42. §.* ferner. verb. was auf des verstorbenen Schuldeners Begräbniß und in seiner Kranckheit, der Artzney halber aufgewendet. Pertinent ergo ad eandem classem apud nos etiam Medicorum, Chirurgorum & Pharmacopolarum salaria. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 43.* modo verosimiliter probentur. Id. *ib. def. 46.* Immodicæ autem impensæ, cum in præjudicium Creditorum sint, hoc privilegio non gaudent, *a. l. 11. §. 5. & l. 14. §. 5. ff. de religios.* Id. *def. 42.* sicuti nec sumtus in funus uxoris aut liberorum facti. Id. *def. 40.*

** Jure nostro omnes expensæ judiciales & in utilitatem concursus factæ, alle diesem Concurs zum Besten aufgewendete Unkosten, in prima classe primo loco collocantur, quo & Curatoris salarium, & reliqua ad conservationem massæ necessaria pertinent. Carpz. *dec. 55.* Richt. *d. Conc. Cred. c. 2. membr. 2.* atque hæ impensæ, si singulis creditoribus satisfieri nequeat, iis, qui suum creditum consequuntur, pro rata detrahuntur, perpetua observantia teste.

octavum

octavum pretii nummum, sed plerumque domini venditores hoc lucrum partiuntur cum actuariis; Heres sub beneficio inventarii venditor, id percepit; Creditores hoc ab eo repetunt; heres ait, hoc lucrum est e sumptu venditionis explicandæ causa facto, quod, si actuarius retineret, Creditores petere non possent, quia præfertur illis, & de pretio detrahi solet, *d. l. 72.* Quod igitur is mihi concessit, Creditoribus cedere non cogor. Hi contra; jus Domini & debitoris, cujus vendita res est, ad nos pertinet. Tu hoc lucrum jure Domini cepisti, nec quicquam lucri capere potes ante creditores dimissos. Recte: ac ita judicatum est, illud commodum creditoribus accepto esse ferendum.

5. Non minus sæpe quæsitum est, an salaria Procuratorum & Advocatorum, * qui circa conflictum creditorum occupati fuerunt, causasque singulorum egerunt, inter sumptus judiciales computanda forent. Diu frequenterque id ita in Foro nostro servatum fuisse, constat, sed de jure distinguendum est inter eos, qui adhibiti sunt vel testamento insinuando, vel inventarium conficiendo, aliisve ad universam hereditatem spectantibus ministeriis, ut hactenus pro judicialibus habeantur salaria, & quæ in talia expenduntur, *d. §. 9. l. ult. C. de jur. delib.* sed quæ pro singulis creditoribus operæ sunt præstitæ, nullo modo judicialibus in hereditatem impensis sunt accensendæ, cum nihil quam accessiones singularum rerum creditarum sint; quatenus debitor, cujus bona distrahuntur, ad impensas ac id quod interest tenebatur; Ideo quicunque e creditoribus suum ordine juris consequitur, non modo sortem creditam, sed & Advocati sui salaria cum cæteris, quæ ipsius intersunt, adipiscitur: Creditorum vero postpositorum Advocati, nihilo plus e bonis debitoris, quam ipsi domini, petere possunt, ac ita decreto Curiæ nostræ, publicato *d. 15. Julii 1638.* cautum est, Advocatos cum suis salariis non aliter in prælationem, quam ex ordine suorum Clientum venturos; quæ res minus observata deinceps, vehementer afflixit creditores de pecuniarum consignatarum distributione laborantes, donec tempus & juri & rationi locum facere cœpit.

6. Sub impensis autem judicialibus, sportulæ similesque Curiarum præstationes haud dubie comprehenduntur, quatenus ipsi Curiæ adhuc debentur, idque non modo respectu eorum, quæ post mortem aut fori cessionem debitoris, contracta, verum etiam quæ ab illo vivo aut in medio versante deberi cœperunt, ut *stylo Curiarum* magis quam *legis* suffragio hactenus servatur: quod beneficium non tribuitur aliis, qui pro debitoribus vivis adhuc in Foro agentibus curiales impensas fecerunt; cum his nulla quam negotiorum gestorum actio congruat, quomodo judicatum in *causa nobilis matronæ, adversus creditores Dorothea ab Idzaerda*, pro qua maritus actricis prorogaverat revisionis magnæ impensas, per quam *Dorothea* nobili prædio potita fuerat, *ante ferias Pentecost. 1680.*

7. Sic igitur potior habet regula, cum suis exceptionibus. Secunda est hæc regula, Inter *creditores hypothecarios PRIVILEGIATI præferuntur* ** *non privilegiatis, juxta ordinem Lege constitutum.* Is autem ordo, quatuor aut quinque

* Apud nos Curatoris quidem litis, qui adversus Creditores excipit, salarium in prima classe, ut dictum est, collocatur, Creditorum autem advocati & Procuratores, a suis quisque Principalibus sibi satisfieri curant. Nec Privilegium in *Ordin. Proc. Sax. tit. 42.* §. nächst diesen. mercedi famulorum tributum, ad advocati debitoris salarium pertinet. *d. §.* Darum ist der Advocaten Besoldung anhero nicht zu rechnen. Carpz. *l. 4. Resp. 11.* j. Nicol. *Ref. 18* Ziegler. *ad d.* §. verb. Der Advocaten Besoldung. *p 244.*

** *O. P. S. t. 43.* inter hypothecarios, quibus præter Jus reale, ex personali privilegio beneficium prælationis competit, ‡ refert 1) Uxores ratione dotis, de quo actum fuit superius *P. I. p. 414. & P. III. p. 1050.* 2) fiscum, qui in bonis debitoris, post contractum quæsitis, hypothecam cum jure prælationis habet, *d. t.* §. desgleichen. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 103.* Id. *l. 4. Resp. 13.* 3) eos, qui ad extruendum reficiendumve ædificium crediderunt. *d. t.* §. Wann auch einer. modo expresse hunc in finem pecunia data fuerit, ac refectionem fuisse necessariam, possit doceri. 4) illos, qui ad emendum prædium ædificiumque pecunias mutuo dederunt, ac de hypotheca sibi prospexerunt, *d. tit.* §. Also wann. quod de judiciali accipit Martin. *ad d.* §. *n. 6.* extrajudicialem vero sufficere, præjudicio confirmat Rivin. *ad d. Tit. en. 42.* Collocantur autem hujusmodi hypothecarii privilegiati apud nos secundum prioritatem temporis. *d. tit.* §. Wann sie. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 63.* quod si de prioritate non constet, aut eodem tempore constitutæ sint hypothecæ, primo loco uxorem, ratione dotis, secundo pupillum, tertio fiscum, ac reliquos deinceps omnes eodem ordine collocari, vult *ejusd. tit.* §. Wenn man aber. Cum vero pupilli in *d. Tit. 43.* non nisi in hoc §. *fin.* fiat mentio, ac ei regulariter simplex tantum hypotheca tacita sine privilegio competat, *l. 20. C. de adm. tut.*

articulis absolvitur, quorum tres quatuorve priores sunt singulares, qui singulos creditores in suo genere complectuntur. Primus ordo loquitur pro *Fisco* in causa *primipilari*, quæ mulieri etiam in Dote, cujus præcipua cæteroquin est causa, præfertur, *l. 3. & l. 4. C. de Primip.* ubi ratio redditur, *utilitas publica* privatorum commodis potior, quod tamen haud aliter, contra mulierem, quam excusso penitus marito, ejusque fidejussoribus & nominatis, exercetur, *l. 4. C. In quib. caus. Pign. tac.* Quid est autem causa primipilaris? Dicta est a primipilo, qui castris Romanis primus erat cujusque legionis centurio, sub cujus etiam cura posteriori tempore fuit annona militaris, qua de re vide si, Brisson. *de V. S.* voce *Primipil.* Fisco igitur primus locus debetur annonæ militaris causa, dissentiente D. Wissenbach. *h. th. 14.* Ad hæc Thomasius.

SCHOLIUM.

Imo non dissentit. Quamvis enim initio d. theseos dicat: Extra causam primipilarem fiscum in actione hypothecaria non esse privilegiatum; *tamen in medio mentem suam explicat his verbis:* Dixi, Fiscum extra causam primipilarem & *pensitationes publicas*, non habere privilegium inter hypothecarios. *Igitur quæ ibidem disputat Wissenbachius, spectant* ad posit. 10. hic.

RESPONSIO.

Male cepit, ut opinor, Thomasius dissensum Wissenbachii *a me notatum: quem in hoc innui consistere, quod cum nos principem locum Fisco in causa primipilari vindicemus, ille non nisi tertium Primipilo, concedat locum,* aperte d. th. 14.

N. ADDIT.

Quod male ceperim illum dissensum, non sum in culpa, sed positio Autoris, quæ dissensum illum non locaverat loco debito, ut jam fecit in prælectionibus. Ita enim tum erat scriptum posit. 3. Princeps locus causæ primipilari debetur (*si hic additus fuisset dissensus Wissenbachii, tunc omnia se recte habuissent,*) cui accenseri videntur tributa, *l. 1. C. si propt. publ. pensit.* ubi Perez. Dissent. D. Wissenb. *ad h. t. th. 14. quis hic non intelligeret Autorem, quod Wissenbachius dissentiat quoad tributa?*

Quod autem de pensitationibus publicis addit *Thomasius*, id nos quoque *pos. 3.* secuti Wissenbachium, qui Interpp. alios sequitur, collocavimus, ut facile tamen patiar aliquem expendere verba *l. 1. C. Si propt. publ. pens.* quæ sunt hæc: *Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore jura hypothecæ sive pignoris prætendente, prior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* Hinc dicendum videtur, Fiscum in tributis præferri creditoribus hypothecariis communibus, etiam venditori respectu rei venditæ, in qua ob pretium non solutum retinuit hypothecam, per verba *priore domino*, nisi hæc ad dominum cessatorem tributi referenda sint, ut Brunnem. ad *d. l. 1.* Sed ut mulieri in dote, quam lex enixe cunctis creditoribus, etiam Fisco prætulit in *l. ult. h. t.* ut, inquam, huic causæ Fiscus cum tributis anteferatur, verba vix ferunt, collata maxime cum *d. l. 3. & l. 4. C. de Primip.* in quibus Fisci causa *primipilaris* mulieri nominatim præponitur; nec enim causam primipilarem eandem esse cum Tributis in genere, dictum est *antea*. Sed hoc verum est, Fiscum præferri causæ dotali & omnibus aliis, quando jus ejus prærogativa temporis est ante dotem aliaque credita & hypothecas; Si hoc modo verba *d. l. 1. prior est causa, quibus priore loco &c.* accipi possint. Fisci obligatio si quando tempore causam dotis præcedit, ei quoque juris & pignoris ratione antevertit, *l. 2. C. de Privil. Fisc.* Cum alia debita, licet tempore priora, causam dotis sequantur. Sed eo respectu non modo causa Tributorum, sed fiscalis in genere mulieri præferenda est, quemadmodum ex adverso mulier habens antiquiorem tributis causam, Fisco præferenda foret, *d. l. 2.* Quod si verba *d. l. 1.* non de priore loco ratione temporis, sed de privilegio

verba *d. §.* folgends die Mündlein. de casu, si forte pupilli ad ædificationem aut reparationem ædium pecuniam crediderint, accipit Carpz. *P. 1. C. 28. d. 63.* & Ziegler. *ad d. tit.* §. verb. folgends die Mündlein, *p. 263.* videntur tamen ea ad casum, quo res pupillari pecunia comparata fuit, *l. 7. ff. qui pot. in pign.* quoque referri posse, si forte ipsam rem vindicare haud expediat. j. Id. Carpz. *l. c. d. 63. & d. 109.* Brunn. *d. Conc. Credit. c. 5. §. 6.* Huber. *infra §. 16. h. t.*

‡ Hæc Classis II. novissimo jure penitus exstincta est, nec uxori ratione dotis, nec fisco ratione contractus initi, nec iis, qui ad ædificationem, reparationem, conservationem, aut coemtionem domus vel fundi pecunias crediderunt, ullum jus prælationis, immo ne quidem jus reale competit, nisi de hoc ipso specialiter in judicio sibi prospexerint, secundum temporis ordinem inter alios hypothecarios collocandi, neglecta omni statutorum huic constitutioni adversantium ordinatione. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 43.*

juris

juris accipienda sint, ut plerumque intelligunt, Tributorum causa proximo post mulierem loco subjicienda fuerit. Verum Interpp. causam primipilarem & Tributorum confundunt, etiam Brunnem. *ad d. l. 1. in fin.* quod a jure Romano alienum esse, ex *supra dictis* palam est. Sub hac cautione de Tributis heic absolvemus.

8. Jus fisci hac parte sine dubio Quæstoribus & collectoribus tributorum, qui fisci ministri, ejusque nomine utuntur, adscrib. debet, *arg. l. 11. §. 2. de Public.* junct. *l. 11. C. de Vectigal.* quarum legum in priore textu, quod jus fisci est in vectigalibus, hoc in posteriore dicitur eorum esse, qui a fisco vectigalia conduxerunt. Illa tamen sententia recipit hanc limitationem, *nisi collectores in exigendis tributis & vectigalibus negligentiores fuerint*, cum ipsorum culpa Creditorum reliquorum præjudicio cedere nequeat. Hac ratione, apud Supremam Frisiæ Curiam, quando cum creditoribus Quæstores sive collectores, adversus ipsos debitores tributorum & vectigalium concurrunt, præferuntur equidem, sed pro quatuor tantum mensium contributionibus; quod ad census agrestes attinet; quos cum singulis bimestribus spatiis colligere debeant, si duplum temporis illis indulgeatur, id ex veteri stylo Curiæ, & æquo jure creditorum, sufficere visum est.

Non videtur dubitandum, quin Fiscus idem jus habeat in bonis Quæstorum & Collectorum, qui publicorum tributorum pensiones, quas acceperant, in Fiscum non detulerunt; datur enim indistincte ratione tributorum hoc privilegium in *d. l. 1.* & *Fisci* favor respectu administratorum plus habet utilitatis publicæ, quam adversus alios debitores, exemplo pupillorum & minorum, qui habent legalem hypothecam in bonis Curatorum suorum, quam alioqui non habent, ut *superius* dictum est, ubi ad Respubl. idem produci, intelleximus. Non desunt tamen, qui Fiscum adversus ipsos debitores tributorum habere privilegium; sed in bonis administratorum suorum hac parte simplici duntaxat hypotheca gaudere volunt, exemplo Reipubl. & minorum, in *l. 20. C. de Administr. Tut.* Agitata fuit hæc controversia in Curia nostra, referente *Nauta*, in hujusmodi causa. Cajus pro Titio Quæstore seu Collectore Tributorum in pago *Deinum*, solverat Fisco reliqua Tributorum, & cessionem Juris Fiscalis acceperat. Cujus virtute D. Nysfius Senator, bonorum Quæstoris inter Creditores Titii commissarius, prætulerat Cajum antiquioribus hypothecariis, qui ab ejus sententia appellaverunt Curiam. Quæ ita sensit, Nauta teste; Fiscum in bonis sui administratoris nihil amplius habere quam hypothecam; ideo priores tempore prætulit, *inter Lolle Jurgens cum soc. appell. & Simon Jelles in qual. appellatum, d. 27.* Octobr. 1640. De jura tamen, non putarem esse recedendum a positione priori.

Quid si Magistratus in suis civitatibus & pagis creaverint Quæstores sive Collectores tributorum particulares, dum ipsi Fisco tenentur; an hi rursus habent privilegium hypothecarium in bonis suorum particularium Quæstorum ante alios Creditores? Non habere, judicavit Curia in causa *Creditorum Pastoris Stonebrinck*, qui nomine filii habuerat Quæsturam tributorum pagi *Tzummarum*, contra *Rectores dicti pagi, a Fisco*, qui tamen a Commissario Curiæ prælati fuerant *d. 26. Octobr. 1678.* De jure non habent pagi & Civitates plus quam hypothecam, nisi cessionem a Fisco habent, quæ in prædicta specie deerat quidem, sed ajebant, se fisco solvendo, in jus ipsius successisse, *l. 1. C. h. t.* qua de re mox erit agendum. Sed verius erat, illos potius solvisse pro se; nam Magistratus Universitatium, habentes curam in sua ditione tributa colligendi per ministros, ad hoc a sese electos, tenentur ad Rempubl. suo nomine salvam præstandam, & periculum ad ipsos pertinet, ut etiam observatur. Ipsi nihil quam jus Universitatis, in suos Ministros habere possunt, idque non adsurgit ultra simplicem hypothecam; de qua diximus ad *tit. Ex quib. caus. pign. tac.*

Huic est adfine quæsitum; An Quæstor Fisci in suos ministros vel substitutos ab se creatos, jus idem, quod Fiscus, habeat in concursu Creditorum? Fuit celebris ea de re lis inter heredes Viri nobilis *Abbii a Bootsema* Quæstoris Frisiæ generalis, & Creditores *Abbii Frederici Gabbema*, quo ut Scriba usus erat *Bootsema*. Is autem aufugerat, ablatis, ut ferebatur, multis millibus pecuniæ publicæ, quam *Bootsema* Reipubl. præstare cogebatur. Commissarius Curiæ prætulerat heredes *Bootsemanos* cum centum millibus & amplius, reliquis creditoribus hypothecariis Scribæ sui, quam sententiam Curia retractavit, judicavitque τὸν *Bootsema* nihil adversus Scribam habuisse, quam personale jus crediti, *d. 5. Jun. 1641.* quod erat verissimum, si nulla cessio a Fisco, vel nulla conventionalis hypotheca constituta fuisset, quam fuisse non liquet. Nam Lex nulla Quæstoribus dat

hypothecam in suos mandatarios; Quod enim hi agunt, id ipsi Quæstores agere videntur, salva ipsis actione mandati: Proinde cum solvunt Reipubl. solvunt pro se, rursusque pro se a mandatario exigunt, non Fisci nomine, cui nihil cum Scriba substituto, quem ipse Quæstor elegit, negotii. Diversa tamen species effecit, ut dein Revisione secunda *Bootsemani* denuo superiores evaserint. Sed est genus causarum, in quibus exoticæ rationes aliquando nativis præstringunt.

10. Secundus privilegii locus, datur a Justiniano creditori emtæ pignoratæque militiæ, per textum in *Nov. 97. c. 4.* Per militiam autem intelligitur heic locus in Schola agentium in rebus, quæ fuit apud Cæsares posteriores, qui ministerio publico & extraordinario rerum gerendarum vacabant; & quasi seminarium Reipubl. habebatur, ut ex eorum numero quoque Magistratus electi fuisse videantur. Hi interim commoda quædam & salaria percipiebant, eaque loca fuerunt in commercio, ut etiam legari vendique potuerint, qua de re videre licet Brisson. *de V. S.* voce *Militia.* Dignitates tamen honoresque Reip. non fuerunt, ne quis publicorum munerum nundinationes in Jure nostro probari, in animum inducat. Qui, ut dixi, credit in militiam, *solus est prior, & huic soli casui cedit mulier, d. c. 4.* In quibus verbis hæret eorum ratio, qui Fiscum in causa primipilari tertio post mulierem ordine collocant. Etenim si mulier ei soli, qui credidit in militiam, cedat, oportet ei cedere Fiscum in causa primipili; proinde *d. l. 3. & l. 4.* per *d. Nov. 97.* abrogatas censent, ut modo Wissenbachium sententiem induximus. Sed Justinianus non solet tam defunctorie jus vetus abrogare, cum apparatu verborum id agere solitus; saltem exprimere jus, quod abrogat, oportebat, cum in *d. cap. 4.* nulla primipili mentio fiat. Quæ vero ad summam Remp. adeo enixe pertinet causa, lege stabilita, generalibus obiterque labentibus verbis non debet abolita censeri. Non magis quam eadem causa primipilaris abrogata fuit per *l. ult. C. h. t.* ubi mulier in dote præfertur omnibus indistincte creditoribus; ut generalia verba ibi non excludunt Primipilum, ita nec consequentia *d. Nov. 97.* id efficere potest. Maneat igitur Fisco princeps hac parte privilegii locus, sive de ipsius primipili, qui rem militaris annonæ administravit, bonis agatur, sive de debitoribus primipili ex ejusdem annonæ causa. Ant. Matth. *disp. de Judic. 14. th. 10.* Verum totus iste secundus locus de creditore militiæ non habet usum hisce temporibus, quia non habemus id genus militiæ, nec faciendum videtur, etsi alicubi munera publica venalia sint, ut sanctionem hanc Justinianeam in favorem eorum, qui ab ejusmodi nundinationes credidere, producamus; nisi lege speciali in quaque Rep. ita constitutum fuerit; a qua re pudor adhuc, credo, detinuit summas potestates, etsi malum illud nundinale publicæ verecundiæ cancellos jam pridem in multis aulis ac Rebusp. perfregerit. Apud nos certe non valebit hoc privilegium, nec eo quidem casu, quo lex translationem publici muneris pro pecunia permittit, veluti cum quis per annos XX. in functione publica versatus est, per Edictum *d. 16. Maji 1662.* quia privilegium hypothecæ, legem specialiter expressam, si quicquam aliud, requirit.

11. Tertius ergo locus datur in Dotis causa Mulieri, ut omnibus, etiam anterioribus hypothecariis creditoribus, seu tacitam sive expressam habeant hypothecam, præferatur, *l. ult. §. 1. C. Qui pot. in pign. Nov. 97. c. 4.* nempe, si dos præstita, non si cauta sit duntaxat, *d. l. ult. §. 1. vers. cum enim.* A. Matth. *de Judic. disp. 14. th. 14.* Nec huic mulierum privilegio derogatum est per *d. Nov. 97. c. 3.* ut Wissenbachius dubitanter affirmat, *th. 14. h.* per hæc verba, ἄλλοι δὲ καὶ ἕτερος δανειστὴς *&c.* Mox; *in aliis quidem prævalere creditoribus* (mulierem) *quicunque non talia prætendunt, his autem cedere, quoniam ex eorum substantia res est acquisita*, quibus verbis Cæsar mulieri præferre videtur eos, qui pecuniam ad rem comparandam vel conservandam, sub ejusdem rei pignore crediderunt. Sed aut omnia me fallunt, aut decisio pro muliere statim subjicitur tam claris verbis, ut dubitationi locus non relinquatur, in vers. *plurimum igitur & volumus igitur &c.* Cæterum respectu Fisci mulier in dote non est privilegiata, nec ipse respectu mulieris, nisi in causa primipilari, sed ambo judicantur secundum regulam temporis, ut docet Lex *2. C. de Privil. Fisci*, qua ratione Tributa quoque mulieri præferenda videri, dictum est *superius.* Datur autem hoc privilegium mulieri liberisque ejus, non extraneis heredibus, liberique prioris matrimonii præferuntur cum dote suæ matris, uxori secundæ, quæ est noverca ipsorum, *d. l. ult.* vers. *Exceptis C. h. t.* Subjiciam hoc loco observationem non spernendam Thomasii ad *posit. nostr. 5. h. t.*

SCHO-

SCHOLIUM.

Extranei ergo hic sunt omnes, qui non sunt liberi mulieris. Unde quaeritur, si filiis duobus matri suae heredibus existentibus, unus postmodum decedat, qui portionem suam bonorum maternorum dotalium in fratrem transferat, an hic filius superstes reliquis creditoribus praeferri debeat, ratione bonorum dotalium omnium matris suae, an saltem ratione portionis dimidiae ex hereditate materna immediate ad se translatae? Posterius affirmat Carpzovius Part. 1. C. 28. d. 98. *idque expeditum esse ait, quoniam privilegium hoc ad extraneos heredes sive ascendentes sive collaterales, transferri nequeat. Sed mihi prius magis expeditum esse videtur, quia* d. l. ult. §. 1. Cod. h. t. *liberis mulieris plene prospicere voluit, nec distinguit, an filii immediate matri suae succedant, an mediate; itaque etiam ex communi privilegiorum natura, beneficium hoc late est exponendum; praeprimis cum eadem adsit ratio, scilicet favor sanguinis, modo is, a quo filii hereditatem maternam mediate accipiunt, idem jus praelationis habuerit, ut in hoc casu frater filii; nam si ipse nihil habuerit, nihil est, quod ad alium transferatur. Nec obstat ratio Carpzovii, quia illa valet saltem de heredibus extraneis & collateralibus mulieris, non vero de heredibus collateralibus filiorum, qui non sunt simul extranei respectu matris.*

Non valet tamen ultra dotem hoc privilegium, non ad donationem propter nuptias, *d. l. ult. §. ult. d. N. 97. c. 3. in fin.* Multo minus in rebus paraphernis, Sand. *3. 12. 3.* Et quia moribus hodiernis pleraque bona sunt parapherna, dotesque raro constituuntur, ut ad *tit. de Jur. dot.* videbimus, minus frequentem hujus privilegii usum esse consequitur, etiam in Frisia; licet enim ibi dotes non penitus obsoleverint, plerumque tamen mulieres nubentes sua bona simpliciter inferunt in societatem conjugalem.

Caeterum, si recte ratiocinati sumus in *§. 12.* causa Tributorum fiscalium, muliere in causa dotis tempore posterior, statim post eam collocari deberet, ante caeteros creditores hypothecarios. Sed quia de Tributis absolvimus, huic causae diutius non immorabimur.

12. Quartus igitur privilegii locus datur his, qui sequuntur. Primo, qui credidit ad restitutionem insulae, *l. 1. D. Quib. caus. pign. tacit.* secundum ea, quae *ad dict. tit. n. 7.* collocata sunt. Ad istum enim titulum, quid ad effectum hujus hypothecae requiratur, commemoratum est, heic de ordine tantum privilegioque, non de usu vel extensione legalis hypothecae, locus est agendi. Secundo referuntur ad hunc ordinem, quicunque crediderunt ad rem quamvis acquirendam vel conservandam, *sub ejusdem rei pignore speciali, l. 5. l. 6. & l. 7. D. h. t.* Cujus rei haec est ratio, quod ejusmodi Creditor salvam fecit pignoris causam, ejusque pecunia factum est, ut creditores hypothecarii in eam rem agere possint, *l. 6. in pr. h. t.* quam operam aliis ante ipsum prodesse, durissimum foret. Inde quaesitum est, an is, qui credidit ad solutionem domus jam pridem emptae, & emptori eidemque communi debitori acquisitae, privilegium hujus loci mereatur. Negat Sandius *lib. 3. tit. 12. defin. 6.* Licet enim hic sibi prospexerit de tali hypotheca, quia tamen sua pecunia credenda non effecit, ut res emptori acquireretur, nec adeo praestiterit, ut salva pignoris causa foret, cessat in eo praelationis ratio. Verum quod addit eodem loco Sandius, *id parum abest, quin usum* hujus sententiae frequenter evertat; Ait enim, si res vendita sit, *non habita fide de pretio*, creditorem, qui diu post venditionem pecuniam in solutionem rei venditae prorogavit, habere privilegium, quia tunc dominium emptori, non nisi post solutionem, praestitum intelligitur, secundum ea, quae a *princ. hujus tit.* dicta sunt. Quotiens igitur res immobiles, in quibus harum rerum usus potissimum consistit, fide non habita venduntur, cessat *prior definitio.* At saepe venditionis instrumento inseritur clausula retentionis, & *reservati dominii*, donec pretium sit solutum, quibus argumentum fidei non habitae indubitatum continetur; non obstante, quod *Sandius* ait, praestituta pretii solvendi die, quod aeque semper in venditionibus rerum soli exprimitur, fidem habitam censeri; hoc enim procedit, nisi diserte contrarium aliis verbis & pactionibus sit comprehensum, quemadmodum supradictis clausulis fieri, manifestum est. Quae res forte an causa fuerit, quod Senatus in sententiam, pro qua Sandius disputat, nihil, ut ipse narrat, definiverit: Quia postea simili casu incidente, (frequentes enim sunt,) dubitatum non memini in Foro, quin venditor per clausulam reservati Dominii & retentionis, etsi terminis solvendi expressis, id juris retinuisset, quo qui fidem de pretio non habuere, gaudent.

13. Alia res majorem in hoc tractatu usum habere videtur, & est haec; Quod valde exacta requiritur probatio, pecuniam vere ad comparandam

dam rem, vel conservandam pretiumve rei emptæ solvendum, conversum fuisse: nam ut soli debitoris in mutui instrumento confessioni plena fides habeatur, nimis periculosum videtur, cum nihil sit notius, quam debitores ære alieno gravatos, conficiendæ novæ pecuniæ causa tales prætextus comminisci, quibus aliis & antiquis creditoribus suum jus auferri, durum, nec ferendum videtur. Exemplum ejusmodi tractatum est in Curia Suprema; Titius Sempronio crediderat duo millia florenorum, quæ debitor in solutionem ultimæ pensionis suæ domus & officinæ cerevisiariæ, conversa fatebatur. Titius nihil aliud probabat, quam in ultimam pensionem, sex diebus postquam ipse pecuniam crediderat, adnumeratos esse venditori mille trecentos florenos, nec aliud quidquam, de quo suam fuisse pecuniam constaret, profitebat. Commissarius dirimendis creditoribus datus, Titium prætulerat cum istis mille trecentis florenis, antiquioribus hypothecis, quasi conversio in solutionem rei venditæ sic satis probata fuisset. Sed cum creditores appellassent, sententia retractata est, eo, quod nec confessio solius debitoris sufficeret, nec factum illud, solutione post intervallum facta eo modo probatum, amplius quam præsumptionem hominis efficeret, ex qua jus creditorum destrui non posset; facit apposite *l. 24. in fin. de Reb. auct. jud. possid.* Ac ita judic. *in causa N. N. appell.* contra *Gerryt Gosses d. 28. Septemb. 1680.* Unde liquet, non obstare, quod *ad tit. Quib cauf. pign. tac.* diximus; ab eo, qui credidit ad domum reficiendam, non requiri plus, quam ut probet rem eguisse refectionis, atque in instrumento scriptum esse, quod pecunia in refectionem conversa sit. Præter enim quod res bene diversæ sunt, eadem distinctio refectionis, statim vel post intervallum factæ, collocata est, ex *d. l. 24. in fin.* ubi privilegio locus est, si pecunia *statim* pervenerit ad privilegiatum, non æque si id mediate, ac interjecto tempore sit factum.

14. Denique, id ex ipsa thesi satis constat, eos, qui crediderunt ad rem comparandam vel conservandam, nullum habere privilegium inter hypothecarios, nisi jus in eadem re specialis hypothecæ pepigerint; nec enim legalis est hæc hypotheca, sed conventionalis tantum, & absque speciali hypotheca privilegium non valet, nisi inter creditores personales, *l. 26. & l. 34. D. de reb. auct. jud. poss.* junct. *l. 7. C. Qui potior. in pign.* Quemadmodum in Curia quoque nostra judicatum esse, refert Nauta noster, *d. 15. Junii 1637. in causa D. Johannis Venonis*, contra *Wilke Gerbens.*

15. Inter eos, qui ad rem comparandam crediderunt, amant recenseri Procuratores & Advocati, pro expensis & salariis suis, si obtinere nequeant, ut inter judicialia primo loco ponantur, ut non debere fieri, modo vidimus. Habent *arg. l. 30. D. de Procurat.* quæ dat Procuratori facultatem, ut sibi de judicato satisfieri curet, si dominus litis solvendo non sit. Verum illis verbis nec hypotheca, nec privilegium inter, aut ante hypothecarios, continetur. Sed quod dicunt, opera sua factum esse, ut judicatum illud obtentum sit, ac ita salvam pignoris causam fecerint, secundum ea, quæ modo diximus, non esset de nihilo, si pacti essent hypothecam specialem in subjecto litis, cui serviunt; sufficeretque, si mandato suo talem clausulam inseri curarent, quod *Notandum*; Absque illa manifestum est, eos hunc locum occupare non posse, per ea, quæ *thesi prac.* exposita sunt: ut ne quidem in expensas, in quas adversarius clientis condemnatus est, Advocatus victoris præferatur. Exemplum apud Curiam; *D. J. Buningius* patrocinabatur cuidam Moymanno, qui jus pro Deo, ut ajunt, impetraverat. Obtinuerat causam aliquam contra *Heinsios* mercatores, cum expensis. Victi pecuniam solutam ex continenti præcludebant, ex alia debiti liquida causa. Buningius pro expensis & salariis, in pecuniam sua industria quæsitam præferri volebat, sed cum hypothecam specialem non haberet, nihil obtinuit, *d. 21. Martii 1680.* Si quis invitus pauperi datus esset a Curia Advocatus, inter judicialia forte recenseri posset: Tutius est tamen, addere mandato clausulam hypothecæ, quam diximus, specialis.

16. Tertio inter hypothecarios hujus ordinis, numerantur *pupilli & minores*, quorum pecunia res est empta, *l. 7. in pr. h. t.* nec non ejusdem ordinis censetur is, cujus pecunia servus ab hoste redemptus est, ob jus cum in ipsum hominem aliquo modo, tum in res ejus per consequentiam. Quod ut hodie in his, quia a Barbaris capti atque redempti sunt, locum habere queat, ita forte converti possit; ut servi redempti simile jus habeant, in eorum, qui pecunias ad redemptionem promiserunt, neque solverunt, bona: quod eorum nomine mandatoque ab eis, qui tales pecunias, ut fit, scripto, *si servus in patriam redierit*, promissas, repræsentarunt, exerceri possit. Denique, nonnulli

nulli ad hunc ordinem quoque referunt fiscum extra caufam primipili & tributorum: Sed rectius alii Fiscum, ut & pupillos ac minores, inter simplices hypothecarios ponunt, juxta *l. ult. h. t.* nisi quod privilegium inter hypothecarios habeat fiscus in bonis post fuum contractum quæsitis, quo fenfu liceat accipere *l. 28. De jure fisci*, eamque ita conciliare cum *d. l. ult.*

SCHOLIUM.

Sed non licet, propter expressa verba d. l. ult. *& ea, quæ habet Wissenb.* ad ff. de jure Fisci, th. 10. *Aliter Struvius procedit in resolut.* ad h. t. th 30. *Sed & hujus responsio refelli potest ex Wissenbachio* d. l. *cum quo facio, sententiam* d.l.28. *opinioni Scævolæ in* d. l. ult. *præferens.*

RESPONSIO.

Hoc est, antinomiam statuit cum Wissenb. nostro, quod nos evitare malumus, si facultas detur, quæ in hac causa non deest. Ait Ulpian. in d. l. 28. posteriorem esse Fiscum in re postea acquisita. *Scævola in* l. ult. in pr. h. t. Sejam esse Fisco præferendam *etiam in illis rebus, quas debitor tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem* (Sejæ) *obligationem acquisivit. Superest adhuc tertium genus rerum post fisci contractum, qui posterior est, acquisitarum, de quibus nihil vetat accipere* d. l. 28. *maxime, si addas* l. 2. C. de Privil. Fisc.

N. ADDIT.

Quasi vero res post fisci contractum acquisitæ, non comprehendantur jam a Scævola sub rebus, quas post priorem Sejæ obligationem acquisivit. Adde, quod ex textu Ulpiani non obscure appareat, JCtos ea in re dissensisse, & decisione Imperatoriæ constitutionis fuisse opus. Lex 2. Cod. de privil. fisci. *nihil habet, quod jubeat tertium genus hic effingere.*

Maneat igitur Fisci locus in hoc ordine quarto, respectu bonorum, quæ debitor ejus post tempus contractus fecum initi acquisivit, ut etiam in illis, antiquioribus præferatur Creditoribus. Nam quando prior est tempore, tunc omnibus antevertit privilegiatis, ut probatum *supra* ex *l. 2. C. de Privil.*

17. Postremo sunt, qui ad hunc ordinem quartum referunt Dominos directos respectu canonis aut salarii sibi debiti, ex *l. 15. h. t.* Sed horum prærogativam ad jus dominii pertinere, *supra* demonstratum est. Habent equidem pro pensionibus præteritis, quæ solutæ non sunt, hypothecam, ut similiter dictum est *tit. Ex quib. caus. pign. tac.* sed privilegium exigendi ante alios creditores hypothecarios, esse constitutum in illa *l. 15.* probari non potest, ut *th. 3.* diximus. Nec sine lege speciali & expressa, plus juris, inquam, pensionibus emphyteuticis, superficialibus, aut salariis est tribuendum, quam dominis, respectu pensionum de rebus pleno jure propriis debitarum, tribui constat.

De Concursu hypothecariorum simplicium.

XVIII. Quintum ordinis locum, esse pro cunctis hypothecariis, tam tacitis quam expressis, ordine temporis. XIX. Inter eos esse Fiscum. XX. Et pupillos. XXI. Prioritatem temporis etiam ex horis & minutis æstimari. XXII. Aliæ de temporis ordine observationes. XXIII. Excipi duntaxat Pignus Prætorium. XXIV. Tempus etiam generalem hypothecam præponere speciali, sub certis limitationibus.

18. Sequitur quintus ordo creditorum Hypothecariorum, qui non jam privilegio, sed tempore dirimuntur, secundum regulam, *Qui prior est tempore, potior est jure, l. 2. l. 11. in pr. & l. 12. §. 2. h. t. l. 7. & l. 8. C. eod.* Quin ex eadem regula judicandi sunt, concurrentes in textibus *supra* citatis. Unde cessante prærogativa causæ, nulla dirimendi ratio, quam a tempore peti & applicari potest, *arg. dict. ll.* Pertinent igitur ad quintum hunc ordinem, omnes hypothecarii, tam expressam quam tacitam hypothecam habentes: nec enim usquam his etsi lege subnixis, jus ante alios exigendi datur, nec ratio plus eis tribuit, quia lex hypothecam statuendo nihil aliud quam conventionis defectum supplet, *arg. l. 4. D. in quib. causis pign. tacit.* In foris tamen nostris sæpe fit, ut non modo vulgi opinione, sed etiam in actis publicis atque edictis, hypothecæ tacitæ existimentur voccnturque *privilegiatæ*, propter speciem quandam rationis Juri præstringentem; Nam hypothecæ vulgares, actis publicis insinuatæ, sicut apud nos, vel, ut *alibi*, publica forma constitutæ sigillove munitæ, aut a Scabinis probatæ, etsi tempore posteriores, occupant locum priorem; cui incommodo, cum legales hypothecæ non sint subjectæ, sed hæ suum locum sine publica forma

forma vel insinuatione in acta, retineant: hæc res privilegii speciem, quod non nisi temporis ordini accepto ferendum est, tacitis hypothecis circumdat. Est adhuc alia difficultas, quæ ex conflictu tacitæ & conventionalis hypothecæ oriri potest, maxime ex hypothesi Registrationum, quæ apud nos sunt in usu, & de quibus agendi paulo *inferius* occurret locus.

19. Porro inter hos vulgares hypothecarios, referendus est denuo Fiscus, quem locus hic jam tertius a reliquis distinguit. Primus in causa primipilari, atque in tributis, (etsi in hisce tempori plus, quam privilegio debeat;) ut *superius* demonstratum est. Secundus in rebus post suum contractum quæsitis, ut audivimus. Tertius denique in hanc classem incidens; habet enim fiscus tacitam hypothecam in bonis omnium debitorum suorum, *l. 46. §. 3. de Jure fisc. l. 1. & l. 2. Cod. h. t.* & dictum est *supra, Quib. ex causis pign. tac.* ubi pœnas Fisco debitas excepimus, in quibus ut odiosis, non placuit* hypotheca legali præjudicare creditoribus aliis, *l. 17. & l. 37. de jure fisci.* ne quidem post sententiam, etsi aliter ex vetustis Dd. Neguzantius *M. 4. P. 2. n. 115. in fin.* sic enim jus creditorum, fisco præpositum *d. l. 17. & l. 37.* penitus eluderetur.

20. Pertinent huc etiam pupilli & minores, non, uti fiscus, in omnibus, sed adversus tutores & curatores suos, *l. 20. C. de Adm. tutor.* junct. *l. 7. h. t.* ubi contra alios datur privilegium uno tantum casu: si qua res pecunia pupilli sit empta, quod confirmat regulam in cæteris casibus, hypothecam sine mentione privilegii dantibus. Denique, probavimus ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* nullam extare juris auctoritatem, qua nativitatem hujus hypothecæ certam ante Constantinum in *d. l. 20.* statuamus; privilegium tamen pupillos & minores adversus tutores & curatores suos antehac habuisse, constat ex *l. dabimusque. 19. de Reb. auctor. jud. possid.* sed inter personales creditores duntaxat: Unde liquet responsio ad argumentum, quo probatum est alias, pupillos & minores esse privilegiatos inter hypothecarios, quod erat hujusmodi; Qui habet hypothecam & privilegium, is inter hypothecarios est privilegiatus; Sed pupilli & minores habent hypothecam, *d. l. 20.* & privilegium, *d. l. 19. §. 1.* Ergo inter hypothecarios sunt privilegiati. Negatur propositio, vel limitatur, *nisi alio respectu hypotheca & alio respectu privilegium sit datum*, quemadmodum heic accidisse, demonstratum est: Proinde cum fisco & post illis, inquam, omnes hypothecarii creditores æquo jure, salvo temporis ordine, concurrunt, *l. 2. §. 11. &c.* nec aliud ad commodum prioritatis, quam ipsa pignoris aut hypothecæ constitutio privatim facta, requiritur; etsi hodie quibusdam locis ordo temporis non tribuat prælationem in hypothecis immobilium rerum, nisi a Superiore sint confirmatæ, ut monet Thomas. ad *posit. 19. h. t. ex Const. Elect. 23. part. 2.* & Struv. *ad h. tit. th 26.*

21. Cum autem temporis prærogativa naturaliter horis etiam & *minutis* æstimetur, non est quod diversam a Juris Civilis auctoribus rationem exspectemus, re ipsa inprimis suffragante: nam quia jus hypothecæ constitutum, afficit rem eique inhæret, non potest hic Character impressus, ab alio supervenienite deleri, vel superari, proinde nec aliter usus in foro notissimus servat, teste Sandio *lib. 3. tit. 12. def. 16. a pr. versu: Illud hoc loco.* Gail. *2. obs. 25.* quo pertinet, quod memini quæsitum de hypothecis duabus, Registrationi sive Insinuationi, quæ juxta regulam temporis æque regitur, simul oblatis; cum ambo creditores secretarium judicis ingressi essent, ac unus prior obligationem suam ostentasset, alter prius a tergo ejus proclamasset, se offerre hypothecam actis insinuandam, uter præcederet; nec in exedra consultoria dubitatum, quin prior esset, qui primus ediderat vocem, non qui primus extulerat manum, etsi voce mox subsecuta. Sed molestus est huic sententiæ liquidissimæ, textus in *l. si fundus. 16. §. si duo. 8. de pign. & hypoth.* quæ post Cujac. & Hotoman. exactissimi virum judicii A. Matthæum in diversum abripuit, *disput. de judiciis 14. th. 25.* Qui jungi vult *huic l. 16. legem Si duas. 6. De Excusat.* Quod ad priorem textum attinet, nolumus actum agere post Wissenb. ad *hunc tit. th. 4.* tamen & *inferius* de illa dabitur occasio; heic saltem repetemus, quod ad *pos. 13.* collocavimus; Verba *d. l. 16. §. 8. eodem die*, non pertinere ad quæstionem de concursu creditorum, sed de jure agendi in solidum contra tertium pignoris possessorem, quod primo venienti

* Placuit tamen, ut & a nobis supra dictum, nostro Legislatorio, *Ord. Proc. Sax. Tit. 43. §.* Desgleichen ob wohl. fisco in pœnis ex delicto, item multis, tacitam hypothecam ex tempore condemnationis largiri, verb. von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Straffe verfallen, seiner Ordnung nach, unter denen Hypothecariis contentiren lassen. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 104.*

creditori

creditori comparatum est, & de quo nos *infra n. 33.* Quin plane hæc verba, *pariter & eodem die*, sumi illic promiscue, non animadverto, cum potius contrarium exprimatur. Sed in *d. l. 16. in pr.* duæ creationes tutorum una quidem die, pro simultaneis haberi videntur; Verum hoc ideo, quod ordo eorum non apparebat, ideoque nihil aliud statui poterat: idque etiam de hypothecis duabus, una die scriptis, si de horis constet, existimandum.

22. Cæterum, tempus hypothecæ, quo prærogativa judicatur, non refertur ad contractum, cujus accessio est hypotheca, sed ipsius pignoris constitutio spectatur: nam si tu mihi des mutuo mille sestertia simplici chirographo contentus, alius mihi post triduum tantundem sub hypotheca crediderit, tuque deinceps pro chirographo acceperis a me obligationem hypothecariam, in cujus instrumento narratum est, pecuniam tot diebus antea numeratam fuisse, tamen alter te præcedit, quia verum est, eum jus pignoris ante te accepisse, *l. 11. pr. & §. 2. h. t.* nisi chirographum hac lege datum sit, ut quam primum in hypothecarium instrumentum converteretur: nam pignorationis tempus non a traditione, vel a scriptura, sed a conventione pendet, *l. 4. de Pign. l. 1. h. t.* nec interest, utrum pure pignus mihi obligatum sit, an ex certo die, vel sub conditione; utroque casu præferendus sum ei, cui postea idem pure datum est, licet ante diem vel conditionem existentem. A. Matthæ. *disp. de Jud. 14. th. 26.* Diversum est, *pergit idem*, si convenerit, ut res sit hypothecæ, *si debitor pecuniam acceperit*; nam si mox ab alio pecuniam sub pignore paratam nactus sit, idemque a priore pecuniam promissam abstulerit, posterior tamen prior erit, *l. 1. §. 1. l. 11. pr. D. Qui in pign.*

SCHOLIUM.

Sed dixerat tamen Autor antea, priorem, etiamsi sub conditione acceperit pignus, tamen posteriori, qui pure accepit, præferri. An ergo dicemus, casum l. 11. in princ. *continere exceptionem a regula? an potius distinguemus, utrum pignus sub conditione constituatur: an debito conditionali accedat pignus purum? ita ut priori casu tempus conditionis existentis demum consideretur,* arg. d. l. 11. *posteriori casu tempus pignoris dati, per* l. 2. C. h. t. *Sed hæc responsio repugnat menti Autoris,* in d. posit. 12. *Ergo mallem, ut ibidem Textum adduxisset probantem, creditorem, cui sub conditione pignus datum erat, præferri reliquis ex tempore promissionis.*

RESPONSIO.

Sic etiam, ut ego, locutus est D. Matthæus; qui tamen nihil explicationis addit, sed textus citat l. 9. l. 11. & l. 12. §. 2. h. t. *Ex quibus ita videtur; si Contractus sit initus sub Conditione, vel in diem sub hypotheca, vel huic ipsi dies aut conditio adjiciatur, conditione dein existente, vel die veniente, perinde habere pignus, ac si ab initio pure constitutum esset, ut ait* d. l. 11. *§. 2. Hoc non est ita in Conditione,* si pecuniam numeraverit; *Ratio redditur* in d. l. 11. fin. pr. ubi: Poterat enim, licet antea convenerat, non accipere ab eo pecuniam: *Sed hoc etiam de aliis conditionibus verum est, illas potuisse non existere. Dixerim potius, hanc esse differentiæ rationem; Conditionalis hypotheca valet inde ab initio, quia cum existit conditio, retrotrahitur: Sed conditio distincta fuit ac esse debet ab obligatione; alioqui non potest ad initium retrahi. At hæc conditio Mutui,* si pecuniam numeravit, *a substantia mutui non est separata, neque præter se quicquam relinquit, nec habet, quo retrahi possit. Est* τῶν μὴ ὄντων *ex non Entibus, Mutuum sub conditione, si* numeravit, *imo & ante numerationem, Mutuum NON ENS est, nullam producens actionem, aut exceptionem,* l. 30. de Reb. Cred. *Ergo pignus hoc casu non nisi post conditionem existentem potest nasci.*

N. ADDIT.

Si Scholia scripsissem ad tractatum Matthæi, idem notassem. Sufficit, Autorem obscure esse locutum, & adeo ejus mentem declaratione indigere. Utrum vero responsione hac satis prolixa, mens ejus sit clarius proposita, quam antea, Lector judicet. Mihi nunc res breviter videtur ita esse proponenda. Regulariter pignus conditionale etiam præfertur reliquis, modo jam contractus aliquis subsit, cui pignus possit accedere, qui in conditione, si pecuniam numeraverit, nondum aderat.

23. Præterea, non in pignore tantum conventionali valet hæc regula, sed etiam in judiciali, quod executionis causa capitur, *l. 10. h. t. l. 19. & l. 61. de Re Judicat. l. 1. C. Si caus. jud. pign. capt. sit.* At hujus pignoris usum hodiernum esse rariorem, qui novit executionem per modum pignorationis vix unquam committi, ut *ad tit. de Rejudic.* videbimus, ignorare non potest. Sed in pignore prætorio non placuit, jure civili temporis ordinem servari, scilicet ut qui primus in bona communis debitoris missionem, ac ita pignus prætorium

rium impetravit, is ideo cæteris præferatur, *l. 12. de Reb. auct. jud. poss. l. ult. Cod. eod. l. 148. de R. J.* Verum ab hac Jurisprudentia discrepare fori rationes in multis locis, constat inde, quod nihil usitatius est, quam ut is, q ui per arrestum primus bona debitoris præclusit, & consequenter sententiam secundum arrestum obtinuit, hoc ipso reliquis creditoribus præferatur, ut refert Peckius *de Jure sist. cap. 40 num. 8.* Gailius etiam simpliciter negat esse discrimen, quod ad ordinem juris hypothecarii inter Prætorium & reliquas pignorum species, *2. obs. 25. num. 3* quod de usu Fori in universum † affirmat Thomasius ad *Posit. 17. h. t.* & Struvius *8. th. 29.* Verum usus noster Juri Civili hac parte consentaneus est, nisi quod Judices militares in Frisia stabiliti, secundum Arrestum & sententiam prælationem tribuunt, ut *alias* dictum.

N. ADDIT.

† *At istud* in universum, *non extat in scholio, & nimis arrogans esset. Per forum indefinite, ut feceram, positum, intelligitur forum patriæ, & tacite subintelligitur ubivis* nostrum.

24. Porro tam generalis est regula de tempore, ut etiam in concursu diversarum hypothecarum, conventionalis, legalis, judicialis, generalis, specialis obtineat, tam promiscuo validoque effectu, ut generalis hypotheca tempore prior, præferatur alii, qui postea specialem acquisivit, etiam in illa re speciali, licet aliunde forsitan creditori satisfieri possit, *l. 2. h. t. l. 6. C. eod.* Nam quia generalis complectitur omnes species; jus tempore quæsitum non magis in re certa per specialem, quam in omnibus rebus per generalem hypothecam, minui vel tolli potest. Duplex tamen hujus positionis est limitatio; Prima, si posterior acceperit hypothecam specialem in supellectilem, aliasque res necessarii usus, aut affectionis, quæ sub hypotheca generali non continentur, *l. 6. de Pignor.* qua ratione multi a debitoribus, quorum substantiæ fines ære alieno pridem occupati erant, utiles hypothecas pepigerunt. Secunda limitatio est hæc; primus generalis non præfertur secundo speciali in hac ipsa re, *si primus juxta generalem acceperit hypothecam specialem,* in aliam rem, quam quæ secundo specialiter est obligata; tunc enim speciale pignus sibi constitutum excutere debet, antequam speciale pignus alterius, vi suæ generalis invadere possit, *l. 2. C. de Pignor.* Erit, cui mirum videatur, speciale pignus additum generali, restringere jus creditoris, minusque tribuere quam ex solo generali licebat: Atqui hoc actum inter partes intelligitur, ut creditoris jus generale per adjunctum speciale restringeretur. Simul id observatu non est otiosum; in speciali pignore, si non sit ex genere privilegiatorum, minime tantam inesse utilitatem, quanta vulgo existimatur.

Exceptiones a Regula de tempore.

XXV. Exceptio 1. de pignore Prætorio. 2. Instrumenti publici. XXVI. Tertia exceptio, de venditore in re Vendita. XXVII. Quarta exceptio; si posterior solverit priori. XXVIII. Quinta Juris Frisici, Quando posterior est Registrata. XXIX. Quæstio de concursu notabilis. XXX. Alia, de casu appellationis a tertio Creditore facta contra primum. XXXI. Explicatur in eam rem L. Claudius. 16. h. t. *XXXII. An possessor rei mobilis pignoratæ, & qui habet clausulam Constituti, teneatur regula Temporis.*

25. SEd hæc regula de tempore, quemadmodum ad omnes hypothecas, tam ante, quam post pignus constitutum acquisitas pertinet, sic etiam notabiles patitur exceptiones, quarum prima jam commemorata est in pignore prætorio; Secunda, quando posterior hypotheca *publico instrumento,* id est apud acta judicii conscripto, vel sigillo publico civitatis ac subscriptione alicujus e judicio juxta scribam publicum munito, continetur. Hæc enim præfertur antiquiori, privato instrumento comprehensæ, *l. 11. C Qui potior in pign.* qua de re videlis Sandium *lib. 3. tit. 12. Defin. 14.* Qui tamen jure novissimo ex *Novella 73. cap. 2.* trium testium subscriptione privatum instrumentum, quoad effectum, publicis adæquatur, dicendum videtur, id etiam hac occasione valiturum, quin diserte id ipsum de effectu pignorationis & prælationis, cautum est in *d. l. 11. in fin. C. h. t.* A. Matthæus *disp. 14. de Judic. th. 33.* addens in *th. 35.* codicibus mercatorum a nonnullis eundem effectum tribui, quod improbat merito; uti nec recognitio Judicialis instrumentum hoc respectu publicum facit, *d. tit. 12. def. 13.* Sed pro publico non habetur hactenus instrumentum privatum, solenniter authenticum factum; etsi enim hoc ad probationis effectum valeat,

leat, jus tamen hypothecæ, quod ab initio pendet, ex hujusmodi *post facto* non introducitur, ut Sandius monet *d. tit. def. 13.* Moribus hodiernis, suus cuique populo mos est, in hoc genere instrumentorum; unde apud Batavos *Notitia Scabinorum*, apud alios vicinos instrumenta *sigillata*, id est publico sigillo munita, frequentantur. Apud nos minime quidem abolitum est jus illud publici instrumenti, ut apud Sandium videre licet, sed rarius usitatum, postquam *Registrationes*, de quibus mox agendum, non modo similem effectum obtinuerunt, sed etiam illud subegerunt, *d. tit. 10. lib. 1. Stat. art. ult.*

26. Tertia de regula temporis exceptio, traditur ab interpretibus, ex ratione Juris potius quam textu speciali, in emptione venditione, facta hac lege, ut res vendita tantisper, dum pretium sit solutum, venditori specialiter pignori sit obligata; venditor hujus hypothecæ virtute, creditoribus præfertur antiquioribus: Scilicet, quando venditor emptori fidem habuit, ut ex pignore dato, si nihil aliud adjectum sit, colligitur: nam si fides habita non sit, jure dominii venditor ordinem creditorum, *ut initio hujus tit.* diximus, antevertit: hæc autem exceptio, & jus venditoris, probatur *ex l. 2. de Reb. eor. qui sub tut. cur.* junct. *l. 48. de Pact. l. 10. C. eod. l. ult. C. de pact. int. empt. & vend.* Ant. Matth. *disp. 14. de Judic. th. 31.* ubi plures *Auctores*. Atque hoc est jus notissimi usus, quod *Reversalium* nostrates appellant, ex eo, quod instrumentum, quo emptor se pretium debere fatetur, *Reversale* dicitur, quasi *reciprocum*, respectu alterius instrumenti, quo venditor rei dominium transfert. Jus autem hoc subnixum est ea ratione, quod hypothecæ nexus, in re vendita stabilitus ante dominium translatum, aut saltem eodem temporis momento, ac ita venditor, priores emptoris creditores prævenit, qui jus pignoris in rem emptam prius, quam res emptoris est facta, consequi non possunt; proinde semper venditores sunt posteriores, quemadmodum priores essent, si quidem hypotheca proprietatis translationem sequeretur; quod argumento esse debet, ne venditor inde ab initio pignus sibi adsciscere negligat. Et hæc ratio legibus firmata, supra dictis ab Herbajo nostro inducitur, *Tract. rer. quotid. c. 3.* cum alioquin hæc hypotheca textu sit destituta speciali. Quamvis autem manifestum sit, hanc hypothecam ad emptoris bona pertinere, venditoris commodo, incredibile tamen est, quam crebro homines etiam non segnes, hoc jure, quod *reversalium* vocant, decipiantur; quando jus hoc per cessiones a venditoribus ære alieno mersis comparant, & mox per venditoris creditores a pretio rei venditæ excluduntur; ridiculo errore putantes, jus illud *reversale*, quod omnibus creditoribus prævertere dicitur, æque ad venditoris, quam ad emptoris spectare creditores. Sed hoc obiter. Dignius observatu est, hanc hypothecæ reversalis vim, ultra rem venditam ejusve pretium non extendi, non ad omnia, quæ eodem instrumento continentur, nec utique ad mercedes, & donativa locationis eisdem literis comprehensæ, sicut in hoc exemplo apud Curiam definitum est. *Franciscus a Scheltema* vendiderat superficiem prædii rustici cuidam *Nardo*, agrosque domui subjectos in longum tempus pro certa mercede locaverat, cum hypotheca rei venditæ, omnibus instrumento contentis subjecta. Emptore bonis lapso, *Scheltema* prælatus est antiquioribus hypothecis cum pretio venditionis: contendebat idem respectu mercedum & donativorum, quæ pro usu agrorum stipulatus erat, eo quod omnia in eodem instrumento & ejusdem hypothecæ clausula continebantur: Sed ratione jam demonstrata, cum respectu locationis nihil quam simplex hypotheca esset acquisita, rejectus est, *d. 27. Octobr. 1641.* in caus. *Francisc. a Scheltema*, contra *Antje Feikes*, Nant. *decis. 101.*

27. Quarta exceptio Legibus prodita est, si quando posterior creditor hypothecarius, priori, quod ei debebatur, solverit; hoc enim ipso succedit in locum prioris, etiam, ut videtur, in ejus privilegium, *l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l. 22. C. de Pign. & hypoth. l. 11. §. ult. & l. 12. §. 8. h. t.* atque de his est ultima pars hujus *Rubricæ*. Cui juri consentaneum est, posteriorem cogere posse priorem, ut pecuniam accipiat, vel si nolit, oblatam, ut solet, obsignare & deponere potest, *dict. l. 22. & l. 1. C. h. t.* Non est tamen tanti, ut videtur, hæc exceptio, si eventum spectes, momenti, siquidem in summa creditorum ordo non mutatur, quia solvens posterior primi locum occupat, quatenus solvit, non cum suo debito; sed hoc quidem, ut & reliqua, suum ordinem, qui fuit, retinent. Dices, quid igitur in hac re commodi est, in qua solvens nihil lucratur, nec sui proprii crediti respectu adjuvatur? Sciendum, sæpe fieri, ut primi creditores de suo securi, cum debitore colludant, sequentibusque creditoribus se transversarios objiciant, ne ad pigno-

pignorum distractionem pervenire liceat: hoc casu nihil expeditius est sequentibus, aut uni ex illis, quam hypothecario primo solvere suum debitum, quo facto, sine cessione vi legis in ejus locum succedit, modo solvens, inquam, sit hypothecarius: Nam extranei, vel creditores mere personales, hypothecario primo solventes, nihil quam personalem adversus ipsum debitorem actionem consequuntur, in hypothecam aut privilegium primi, non nisi per cessionem consensu factam succedunt, *l. 21. C. de Pign. d. l. 1. C. de eo, qui in prior. cred. locum.*

Idem ille casus exceptus habet usum in tali specie. Diversi creditores habent unum pignus vel hypothecam, nec aliud est in bonis debitoris, unde suum consequi possint: in hujus pignoris valore plus est, quam primo creditori debetur; ille tamen non vult pati distractionem pignoris; nihil promtius est, quam ei solvere suum debitum, quo ita posterior, Jure prioris venditionem facere queat. Quid si posterior sit inops, ut primo suum repræsentare nequeat, an non potest tamen urgere distractionem pignoris, ut ejus pretio utrique ad concurrentem quantitatem satisfiat? Non cogi anteriorem pati pignoris distractionem, tradit D. Ant Matthæus *disp. de Jud. 14. th. 37.* ex sententia Ant. Fabri *Decad. 1. Error. Pragm. cap. 4. n. 3. & seqq.* Enimvero de pignore proprie dicto, cui creditor incumbit, vel de hypotheca speciali sub clausula constituti, verum id esse videtur, non cogi illos dimittere possessionem sibi acquisitam, priusquam satisfactum sit; sed de generalibus hypothecis, aut specialibus quarum possessio est penes venditorem, verius esse videtur, quemlibet creditorem hypothecam suam exsequi posse ad distractionem usque, salvo ordinis Jure primo creditori, in distributione pecuniæ ex hypotheca redactæ; nam ut alioqui primus creditor reliquorum jura sistat & impediat, mali res exempli foret, nec malitiis indulgeri juris ratio patitur, ac ita fert usus Fori, ut puto, *passim.*

Sed pone, Dat aliquis debitori mutuam pecuniam, ut primo creditori solvat, cum pacto, quod ipse jus primi creditoris sit habiturus, an hoc ipso præferetur cæteris? Ita Marcianus in *l. 12. §. A Titio. 8. h. t.* ut, si vere pecunia in primi crediti solutionem versa sit, etiam sine cessione, vi pacti cum debitore initi, jus primi creditoris consequatur; modo id exacte probetur, non enim solam debitoris confessionem instrumento comprehensam, sufficere ad hunc effectum, *antea* demonstratum est. Continetur hæc quoque doctrina in *l. 16. vers. plane eum tertius. & l. 17. h. t. l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l. 24. §. ult. de Reb. auct. jud. possid.* Quanquam tutius & validius est, ab ipso creditore primo accipere cessionem, per quam non hypotheca tantum, & jus temporis, sed & privilegium transferri queat, cum per solutionem debitori factam privilegium certe primi creditoris acquiri non possit, per *l. 196. de R. J.*

Pro quinta exceptione collocari potest, Juris Frisici observatio peculiaris, quod Hypotheca conventionalis posterior *registrata*, id est, Catalogo publico hypothecarum inserta, temporis ordine priori, etiam publico instrumento, præfertur. Legalibus hypothecis Registratio non præjudicat, sed hæ suum jus temporis intactum servant, *lib. 1. Stat. tit. 10. art. 2.* Scilicet, raro apud nos obligationes hypothecariæ inde ab initio publice constituuntur, sed privatis instrumentis occultandi æris alieni gratia consignantur; creditores autem omni tempore habent in potestate, si nomini & facultatibus debitoris sui diffidant, obligationem suam curare catalogo sive codici publico hypothecarum inserendam. Quo autem Juris effectum habeat *Registratio*, generalis hypothecæ in loco domicilii, specialis in loco rei sitæ facienda est, præsente seu *vidente* judicum uno, idque per Secretarium Judicii, vel ejus Scribam juratum, *d. tit. 10. art. 1.* E quibus requisitis, si quid desit, insinuatio nullius momenti est; veluti si non facta sit in vero domicilii loco, vel si præsentia judicis non sit adhibita, sicuti apud Sandium *l. 3. tit. 12. def. 15.* & sæpe deinceps judicatum est, notabiliter in causa creditorum Luciæ a Wissema, quod expositum est ad *tit. de Judiciis num. 45. Part. 2. pag. 725. sq.* Salvo eis, qui per negligentiam Secretariorum jure suo ceciderint, regressu adversus illos, qua de re, ut & officio Secretariorum hac parte, latius in *lib. 2. Jurispr. hodiern. cap. 50. num. 51. & seqq.*

29. Sed hoc loco non potest omitti notabilis & perplexa quæstio, quid juris sit in Concursu hypothecæ conventionalis tempore primæ, non registratæ, & legalis tempore sequentis, denique alterius conventionalis posterioris, sed registratæ. Species facti sit talis; Titius hypotheca conventionali Sempronio obstrictus, Tutor factus est pupilli, & dein hypothecam dedit Cajo, quam hic registrari curavit, quod Sempronius omiserat. Titio non solvendo mortuo, fit concursus, in quo constat,

constat, Sempronium jure temporis præcedere pupillum. & hunc eodem jure temporis vincere Cajum registratum, qui legali hypothecæ pupilli, temporis ordinem non aufert. Sed Cajus vi suæ registrationis superat Sempronium, hic excludit pupillum, Ergone Cajus quoque pupillum? per regulam; *Qui vincit vincentem te, multo magis te vincit?* An vero Sempronius audietur? qui sic ait: Ego pupillum vinco, Pupillus Cajum *registratum*; Ergo & ego Cajum, per eandem regulam, *Vinco vincentem te, Ergo & Te?* Magis est, ut hæc regula non habeat locum, nisi in æquabili successorio, non ubi diversi ordines, ut heic, confliguntur. Ratio velle videtur, ut Pupillus cum sua legali hypotheca secundum locum retineat, nec ei per collisionem reliquorum fiat præjudicium lucri vel damni; Cum vero Sempronius & Cajus seorsim committuntur, statim liquet, Cajum registratum prævalere Sempronio non registrato, ac ita Cajum primo loco, pupillum secundo, Sempronium tertio loco esse collocandum. Tu dices; Caji debitum potest esse majus, quam Sempronii: Proinde si Cajus tertius primum occupet locum, poterit absorbere pecunias consignatas, ut pupillus nihil, aut non totum consequatur, qui haberet totum, si primus mansisset Sempronius, ob modicum ejus creditum. Sed ex eo, quod diximus, pupillo non præjudicari illorum conflictu, dicendum ita; Cajum auferre pecuniam Sempronio competentem, & si plus ipsi debeatur, hoc post pupillum exacturum; Sempronius plane post Cajum veniet. Quam facilis & frequentis usus hæc res sit, apparet: quanquam rei judicatæ exemplum meæ memoriæ non occurrit.

30. Sed hæc species illi non dissimilis accidit apud Curiam. Concursus erat Creditorum *T. Stonebrinkii* Pastoris Tzummariensis. Primus in ordine collocatus erat a Commissario Curiæ Patronus pagi, cujus res *Stonebrinkius* administraverat. Secundus, Vir Ampl. *Matthæus Idsinga*, Tertio loco, *Catharina Deinema*. Cumque secundus acquiesceret, Tertia contra Pagi prælationem appellando obtinuerat. Appetebat igitur primam pecuniam, sed obstabat *Secundus; Tu* non potes, ajebat, ante me, cum ego tibi prælatus sim, nec tu me viceris, vel contra me appellaveris. *Illa*; Sum prælata pago, Pagus tibi præfertur, Ergo & ego tibi; per supra dictam regulam; *vinco te, quia vinco vincentem te.* Appareat duplex hujus Quæstionis latus. Primum sic erat; Secundus pati debet, ut creditum pagi ante se percipiatur, quia non appellavit a prælatione pagi; nec potest impedire, quo minus Tertia præcedat pagum, & fructu victoriæ suæ potiatur. Tum pagus adhuc manet ante Secundum, quia prælatus ei, nec appellatum est. Alterum latus sic adspiciebatur; Tertia contra pagum obtinuit, & fecit, ut hic primum locum amiserit, & sibi postposita sit. De Jure Secundi non fuit quæstio, nec Tertiæ dandum est, ut illum transiliret, quod nec petiit: Amoto igitur pago & Tertiæ postposito, Secundus fit primus, qui prior est Tertia, & qui ipsum præcederat Pagus, post Tertiam sepositus est. In hanc sententiam utrinque disputabatur: sed cum ad sententias ventum esset dicendas, & jam ex XI. suffragiis quatuor Secundum primo loco, tria suffragia Tertiam secundo anteposuissent, dubiusque litis eventus esset, partes transegerunt, ante ferias *O. S. 1680.* Verum ex collectione præcedentis definitionis nihil rectius videtur, quam ita statuere, Cum appellatio inter primum & tertiam ventilata fuerit, ejus decisionem Secundo non potuisse præjudicare, neque lucrum ipsi, neque damnum inde potuisse augeri: manebat ordine secundus. Tertia vicerat Primum; Auferat igitur ejus pecuniam ad concurrentem sui crediti. Si quando summa Primi major sit, quam creditum Tertiæ, primus reliquum capiet ante Secundum: Si vero Tertiæ plus debeatur quam Primo, reliquum ipsa capiet post Secundum: Hujus enim jus integrum & intactum manet, quasi appellatio non intervenisset.

31. Cum hæc apud Curiam ex ratione & analogia Juris disceptarentur, nemini, quod sciam, erat in memoria Lex *Claudius Felix. 16. hoc ipso tit.* ubi Paulus speciem fere in terminis eandem refert, & dein quæstionem proponit his verbis, *Quærebatur, utrum tertius creditor*, qui superaverat primum, *Turbonem*, secundum, *superare deberet*, an primo *remoto* Turbo Tertium excluderet. Conclusio hæc est; *Sine præjudicio prioris sententiæ, totum jus alii*, Secundo, *Creditori integrum relinquitur*, in fin. *L. Ita, ut res inter alios judicata, alii neque prosit neque noceat*, dixerat antea. Satis ita in sententiam a nobis expositam: sed præmissa vix convenire videntur: Negat enim, *Tertium creditorem successisse in ejus locum, quem exclusit*, paulo *ante finem*, Et in *medio* rursus, *Fuerunt qui dicerent, Tertium creditorem potiorem esse debere; mihi nequaquam hoc justum esse videbatur:* Quod tamen nos in superiori specie fieri debere, posuimus. Sed inter facti species

species Pauli nostram hoc interest; Paulus agit de actione, quam singuli habent inter se, Nos de officio Judicis, qui omnium concursum regere debet. Ponatur igitur in eodem casu Tertia, quæ vicit Primum, non victo Secundo; hunc Secundum possidere pignus. Primus agit contra ipsum; hic Primo cedere debet, nec dicere potest; Tu victus es a Tertio, quare & me sequi debes, *non potest uti exceptione rei inter alios judicatæ*, ait Paulus. Pone rursus: Tertia agit adversus Secundum; non obtinebit, non erit potior, eo, quod primum vicerit; *succedit in locum primi, quem exclusit*, sine respectu Secundi; huic illud judicatum non nocet. Ergo res manet suo loco. Sed Primo agenti contra Secundum, Tertia vi judicati sui pecuniam auferet. Primo autem non agente, ne res in confusione subsistat, Tertia petere potest a Judice, ut is rem pignoratam distrahat, pecuniamque secundum ordinem distribui curet; atque tum ipsa pecuniam Primi vi sententiæ auferet. Secundus locum suum retinebit, ut *superius* dictum, ac ut Paulus in eventu concludit.

32. Videtur adhuc alia dari species exceptionis, propria locis, cujusmodi pleraque sunt, in quibus obtinet regula, *quod mobilia non habeant sequelam;* ubi de re mobili non datur actio adversus Tertium hypothecaria. Proinde quamdiu res mobiles pignoratæ sunt apud debitorem ejusve heredem, nihil in illis obtinet singulare; Quatenus vero sunt in manibus Tertii, creditor alius, etsi tempore posterior, rem a possessore non potest avocare; quod in iis, inquam, locis, ubi prorsus contra tertium cessat hypothecaria, de quibus antea dictum, non habet dubitandi speciem. Sed ubi jus civile de hypothecaria in res mobiles, ut heic locorum, non est obsoletum, temporis ordinem æque in illis, ac in rebus soli valere, consentaneum est, secundum *l. 9. in pr. l. 11. §. 3. & pas. in h. t.* Quamvis autem hoc jus sit liquidum, usus tamen ejus, etiam apud nos, perquam rarus est, nec temere Creditorem, qui rem mobilem pignori teneat, in concursu creditorum ad eam rem consignandam adigi videas: magis, ut videtur, ob difficultatem res tales indagandi, quam quod juris ratio desit; etsi Trapezitæ, quorum hæc est vita credere sub pignoribus traditis pecunias, sine luitione pignora non restituunt, idque magis ex pacto cum Civitatibus, quam via juris ordinaria. Possessio alioqui pignoris non magis ab ordine temporis liberat Creditorem posteriorem, quam clausula Constituti eximit ab illa regula possessorem rei immobilis. Nam & illa verum jus possessionis tribuit Creditori, cujus nomine debitor tunc est in possessione, *l. 18. in pr. de Acqu. poss.* ad quem *tit.* ea de re videndum. Sed tamen illa posteriorem tempore Creditorem, nullo modo eximere potest a necessitate cedendi re pignorata priori creditori, saltem ex ratione juris civilis, quia nusquam ea vis Constituti Possessorii prodita legitur, ut det prælationem inter hypothecarios. Apud Nautam tamen nostrum hac de re ἐμφατικῶς in Curia disputatum reperio, in causa *Fedde Wijbrants*, contra *pauperum Curatores Harlingensium.* Feddius in distributione pecuniarum, e bonis debitoris communis redactarum postpositus, curatores pauperum conveniebat, tanquam possessores rei, quæ ipsi cum clausula Constituti erat obligata, munitus responsis duorum Juris Antecessorum, ut Nauta refert; qui moti esse potuerunt *l. ult. C. de Acqu. Poss.* quæ omnibus Jus possessionis antiquius habentibus, si non possideant, vel per alium quemcunque possessio interversa sit, dat condictionem rei, perinde ac si res ipsis erepta fuisset, idque remedium iis, qui Constitutum possessorium habent, æque tribuendum videtur. Sed dicendum est, hoc ita competere, nisi alius possessor, qui rem tenet, docere queat, se habere jus melius; quod efficeret, ut creditor habens constitutum, & ipse rem possidens, si tempore posterior esset, hypothecaria conveniri posset, ut diximus. Non est tamen nihil commodi in ejusmodi Constituto, quamdiu non accedit alius, meliori jure præditus, *ut paulo inferius* occurret *n. 35.*

De Concursu parium & personalium.

XXXIII. Pares tempore, paris esse juris inter se; paulo secus contra tertium. XXXIV. Eum tamen, qui possidet pignus, pari tempore præferri. XXXV. Etiam qui clausulam Constituti habet. XXXVI. Legalem hypothecam hac parte nihil habere præcipuum, ubi ad Edictum Ordd. Fris. d. 22. Febr. 1656. ***XXXVII. Creditores defuncti & heredis non confundi. XXXVIII. XXXIX. XL. De Concursu Personalium.***

33. Re-

33. Regulæ, Qui prior est tempore, potior est Jure, consentaneum est, eos, qui tempore sunt pares, in rem pignoratam paris esse Juris, *l. 20. §. 1. de Pignorat. act. l. 8. §. 1. h. t. l. 10. de Pign.* & concurrere pro quantitate & proportione debiti, *l. 16. §. si duo. 8. d. t. de Pignor.* Quod si hoc actum sit, ut singulis in solidum res obligata sit, adversus possessorem ita possunt agere; si minus, unusquisque pro parte sui debiti agit, *d. l. 16. §. 8.* Quid hoc autem, an priore casu in plus quam sibi debetur, agent singuli? Non potest fieri: sed hic est sensus, ut in hac specie, putem; Res possessa valet mille ducentis florenis. Creditori primo debentur mille. Secundo bis mille. Quando concurrunt, vel inter se contendunt, Secundus duplo plus ex pignore, quam Primus habebit. Ubi vero seorsim agunt, iterum distinguitur; Aut diversis temporibus, licet eadem die, pignus acceperunt, vel simul unoque actu. Priore casu, singuli agunt in solidum, non excluso tamen ordine temporis, si alter se priorem fuisse docere queat, ut recte ad hunc locum Accursius. Si vero simul unoque actu pignus acceperint, pro partibus agent, nisi id specialiter actum sit, ut pignus in solidum singulis teneatur, *d. l. 16. §. 8. de Pignor.* hæc refer ad *num. 24. in fin.*

34. Quod si alter suum debitum, vel pignus in solidum consecutus sit, & possideat, an cum altero tempore pari ad communicandum cogi poterit? Non potest, si res in solidum obligata fuerit, *l. 10. eod. tit.* Quo pertinet casus in *d. l. 16. §. 8.* implicitus: si contigerit, ut duo creditores eodem tempore pignus separatim acceperint, nec constet, uter prior, tunc idem juris est, ut occupantis melior sit conditio, verum si probari possit, alterum fuisse priorem, nihil est in *d. §. 8.* quod prohibeat, eum qui prior est, adversus posteriorem pignus possidentem, agere hypothecaria, quod iterum confer cum *d. n. 21.*

35. Quod diximus, eum, qui possidet pignus, aliis tempore vel jure paribus, anteferri ex *d. l. 10.* locum etiam habet in his, qui rem pignoratam corpore quidem non detinent, sed per clausulam Constituti aliquoties dictam, jus possessionis, adeoque ipsam possessionem adepti sunt, *arg. d. l. 10.* juncta *l. 18. de Acquir. poss.* & per ea, quæ modo collocata sunt. Nam si Constitutum hac parte jus possessionis non præstaret, eadem Clausula Creditores sequentes impedire non posset, quo minus priorem Creditorem causula Constituti munitum, cogere possent, ut rem pignoratam, eorum, qui jus optimum habent, commodo distrahi pateretur, ut omnes, qui non possident, etsi jure potiores, salvo jure suo, permittere cogi, tratatitium est decerni & observari; dum eos, qui Hypothecam Constituto possessorio munitam habens, ad hoc, inquam, non cogi, per ea quæ diximus, æque certi juris & observantiæ sit. Meaque memoria sic in Suprema Curia judicatum est, in causa *Poppii Gerbrandi, contra Arnoldum Hobbema, d. 5. Novemb. 1680.* idque ad libellum supplicem, ut in re liquida minimeque dubii juris; posteaque non semel in eandem sententiam decerni continuatum est.

36. Regula concursus ex causa paritatis, habet æque locum in hypothecis tacitis, quam in expressis, quia nusquam differentia, vel prærogativa tacitæ tradita legitur. A. Matth. *d. disp. 14. th. 41.* Quo loco memoranda est Quæstio frequentis, apud nos, usus: An tacita hypotheca, quæ datur ex Edicto Ordinum Frisiæ, pro jure dominorum in bona colonorum de mercede biennali, reliquis hypothecis, si tempore non sit prior, anteferatur. Verba edicti, *d. 22. Febr. 1656. Agrorum domini, quibus biennii merces debetur, præferentur IN BONA COLONORUM omnibus registratis Creditoribus, salvo eorundem dominorum jure pro reliquis annis in fructus adhuc in solo hærentes, qui secundum jus scriptum faciunt partem soli, vel ex clausula Constituti, aut registratione locationis instrumentorum. Salvo etiam jure legalium & privilegiatarum hypothecarum, Fisco, pupillis & Creditoribus ad funeralia competentium, quorum jus illo decreto non minuitur aut mutatur.* Quæritur, utrum hac Lege domini agrorum pares, an priores hypothecariis communibus facti fuerint, adeoque an fiant privilegiati inter hypothecarios. Mihi sic videtur, eos nihilo plus quam legalem hypothecam adeptos, nec habere hypothecam privilegiatam, adeoque non præferri tempore paribus, nedum prioribus expressam tacitamve hypothecam habentibus. Argumentum est in iis verbis, quibus hypothecis legalibus hoc edicto non præjudicari dicitur. Atqui legales hypothecas simplices, non esse potiores conventionalibus, sæpe dictum, & certi juris est: Unde sequitur, dominos agrorum non esse quoque potiores hypothecis communibus expressis, tempore prioribus. Quid est igitur, quod in Edicto *præferri* dicuntur? *sullen wesen en blyven gepreferereert*, omnibus aliis Creditoribus registratis? Hæc verba faciunt, ne *registratio-*

strationes, quæ alioqui vulgares hypothecarios etiam tempore posteriores præponunt antiquioribus, dominiis agrorum noceant. Præferuntur creditoribus *registratis* qua talibus, non quatenus illi legalibus hypothecis postponuntur, hoc est ratione temporis. Non consequuntur agrorum domini plus, quam pupilli aliique legales hypothecarii habent, ut est in ipso Edicto; cum autem hi pareant regulæ temporis, ut antea demonstratum est, dominos agrorum eidem subjectos esse debere, manifestum est. Quod autem ad vocem *præferuntur* attinet, hoc quid velit, *supra* indicatum est, omnes enim hypothecarii legales vulgo prælati & privilegiati vocantur, ut in hoc ipso fit Edicto, propterea quod *registrationes*, ex quibus apud nos fere pendet ordo creditorum, illis non præjudicant. Dicat aliquis, agrorum domini quomodo per hoc Edictum fiant hypothecarii, cum nullo verbo illis hypotheca detur, sed privilegium tantum? Respondeo, id primo colligi ex eo, quod lex ait, sanctionem suam pertinere ad explicationem *tit. de Registratione hypothecarum*. II. ex verbis, præferentur *IN BONA*; qualis directio in BONA significat *hypothecam*, ad quæ hoc vocabulum speciatiter non requiritur, si modo verba immediate ad bona dirigantur, *l. ult. C. Quæ res pign.* III. Comparatur hæc prælatio in bona cum Registrationibus, quæ non nisi hypothecis conveniunt. IV. Excipiuntur ab hac constitutione Legales & privilegiatæ hypothecæ, Exceptio autem de regula esse debet. Ex his rationibus si qua sola minus valida videatur, pariter conjunctæ nullam recipiunt dubitationem. Non semper Edictorum scribæ rationum juris gnaro utuntur stylo, ut plerumque videmus, etiam in hoc Edicto; dum hypothecam in fructus agri Dominis competentem, restringit ad fructus in solo pendentes, cum sine dubio ad omnes extantes, etiam a solo separatos, pertineat, *arg. l. 7. In quib. caus. pign. tac.* juncta *l. 22. C. de R. V.* licet idem scriba juris peritiam ostentare voluerit, dum verba *l. 44. ff. de R. vind.* per parenthesin Edicto, præter & contra usum rei, inferenda putavit. Idem ex clausula Constituti jus hypothecarium nasci opinatus est, æque, ut *supra* vidimus, alieno a jure sensu. Verum id, de quo agitur, privilegium, solummodo ad prærogativam Registrationis amoliendam spectare, docet Edicti Præfatio, quæ constitutionem hanc ad explicationem *articuli 2. de adnotationibus hypothecarum lib. 1. tit. 10. Statutorum* pertinere, adfirmat; Certum igitur esto, Dominos agrorum cum ipsa biennii mercede, non præferri Creditoribus hypothecariis tempore prioribus, sive *registratis* sive non *registratis*. Atque hæc de concursu quorumvis hypothecariorum, ad præsentem titulum sufficiebant.

37. Verum in eodem contextu solet agi de Privilegiis inter PERSONALES, quorum alioqui tractatus *ad tit. de Re Judicata*, cui subjicitur hæc observatio, pertinebat. Nos a recepto more non recedemus, sed prius hoc monebimus; quæ hactenus de ordine Creditorum hypothecariorum exposita sunt, habere locum in creditoribus ejusdem debitoris, non inter Creditores defuncti & heredis; etsi heres eadem cum defuncto persona, juris & potestatis ejusdem censeatur, *l. 59. de R. J.* Sed ut hypotheca ab aliquo in omnibus suis bonis constituta, non afficit res heredis ejus, ita nec ordo creditorum defuncti, aut heredis, alterius creditoribus præjudicat; verum posterioris defuncti creditores in res ejusdem defuncti, prioribus heredis creditoribus, etsi *registratis*, præferuntur, & Creditores heredis in hujus bona, præcedunt defuncti Creditores hypothecarios, etsi antiquiores atque registratos, ut Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 12.* docet. Primo auditu ratio juris aliter ferre videbatur ea, quam dixi, de unitate defuncti & heredis, item quod heredis Creditores sub generali hypotheca res etiam futuras habuerunt, *l. ult. C. Quæ res pign.* adeoque res quoque hereditarias: Unde in concursu cum quibuslibet Creditoribus ordo temporis aut Registrationis spectandus videbatur. Verum illa potior est ratio, quod hypotheca sit Jus in Re constitutum, quod semel in bonis defuncti stabilitum a certis Creditoribus, deinde ab aliis eximi aut præoccupari non potest; cui adde quod diximus *ad tit. de Pignor. n. 6.*

38. Quando nulli Creditores hypothecarii plane, aut non amplius reperiuntur, Creditores personales admittuntur, non immediate in res aut bona debitoris, vel adversus tertium possessorem, sed mediate, actione personali, & occasione rei judicatæ; quo sensu de personalium concursu agitur in *l. 17. & seq. de Reb. auct. jud. possid.* Ad hos autem regula Temporis non pertinet, *l. 12. de Reb. auct. jud. possid.* quia per obligationem nullum jus rebus imprimitur; sed persona duntaxat tenetur ad dandum vel faciendum, *l. 3. in pr. de O. & A.*

O. & A. Sunt tamen quidam in hoc ordine privilegiati, quos inter primus omnium Fiscus numeratur a cunctis Interpretibus. D. Ant. Matth. *d. disp. 14. de Judic. th. 46. & 50.* Sed usum ejus privilegii distinctum ab hypotheca tacita, in citatis ab illo textibus non reperio, *l. 8. & l. ult. h. t. l. 28. de Jur. Fisc. Tot. tit. C. de Jure Fisci.* Fiscus habet semper hypothecam in bonis debitorum suorum, *l. 46. §. 3. de Jur. Fisci.* pœnis tantum exceptis; sed in his privilegium habet nullum, *l. 17. & l. 37. de Jur. Fisc.* ubinam igitur est privilegium ab hypotheca distinctum? Quod si ratione legalis hypothecæ Fiscus inter chirographarios privilegiatus sit dicendus, idem in omnibus hypothecariis, qui chirographariis immediato loco præferuntur, obtineret. Quis igitur sit usus ille personalis privilegii, a Jure pignoris, inquam, separatus, ut ponitur, ex illis quidem textibus non liquet. Esse tamen aliquos casus, indicare videtur *Lex 10. in pr. de Pact.** qualis, si privato successerit, in futurum, *l. 6. in pr. de jur. Fisc.* At hic textus non agit de personalibus, sed de hypothecariis, verbis, *pro anterioribus.* (nam inter personales nullus est anterior,) nec privilegium simpliciter dictum, de privilegio inter hypothecarios intelligitur, *l. 2. & tit. C. de Privil. Fisc.* Proinde lex *10. de Pact.* vel de expressa hypotheca sit capienda, vel deinde Fisci personale privilegium per generalem tacitam occupata & absorpta fuit, *d. l. 43. §. 6. & toto tit. C. de Privil. Fisc.* Idem de pupillis & minoribus, post *l. 20. C. de Adm. Tut.* habeo dicere. Nam quod dicuntur esse privilegiati inter personales, ut idem D. Matthæus aliique omnes, in bonis administratorum suorum, recte habet Jure Pandectarum, *l. 19. & seq. de Reb. auct. Jud. poss.* Postquam illis hoc casu data est Hypotheca, privilegium illud, aut saltem usus ejus absorptus videtur. Sed Respubl. Creditrix, quæ non habet hypothecam in bonis debitorum suorum, omnibus chirographariis creditoribus præfertur, ait *l. 38. §. 1. D. eod. tit.* idque de Republ. Antiochensium Cœlo-Syriæ traditur in *l. 37. eod.* quæ dicitur hoc habere privilegium *lege sua*, id est ipsi data. Nam alioqui *Reipublicæ causa non separatur a cæteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, habetur in *l. 2. C. de Jur. Reipubl.* Ex quibus dicendum videtur, Reimpubl. non habere privilegium, nisi quod specialiter ei datum, ac ita *d. legem 38. §. 1.* juncta *l. 37.* esse accipiendam, dissentiente licet post Cujacium D. A. Matthæo *d. disp. 14. th. 47.* ubi citat *d. l. 2.* quæ diserte habet contrarium ejus, quod ipse ponit. *Lex 3. C. de Jur. Reip. l. 3. C. de remiss. pig.* quibus utitur, nihil ad rem faciunt. Sed qui ad aliquid comparandum vel conservandum, sine conventione hypothecæ crediderunt, privilegium inter personales a pignore distinctum habent, *l. 26. & l. 34. d. tit. de Reb. auct. jud. possid.* Idem diserte tribuitur Sponsæ, quæ dotem dedit, nuptiis non secutis, *l. 74. de Jur. dot. l. 17. §. 1. d. t. de Reb. auct. Jud. poss.* Postremi, qui pecuniam apud mensam, fide publica deposuerunt, (non qui sub usuris crediderunt, vel postea usuras acceperunt,) post privilegia cæteris personalibus præferuntur,

* Jure nostro ad quartam classem creditorum ‡ referuntur & privilegio personali fruuntur, 1.) deponentes intuitu depositi voluntarii sive extrajudicialis, a depositario consumti, *O. P. S. Tit. 49. §.* nach den Gläubigern. 2.) alimenta & causæ piæ, quoties hypotheca ipsis non est concessa. *d. Tit. §.* alles, was zu milden Sachen. j. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 152.* & Schilt. *ad ff. Ex. 39. §. 95.* 3.) qui sine usuris crediderunt, *d. tit. §.* wenn auch. Carpz. *l. c. d. 153.* 4.) Venditores in residuo pretii, quoties sibi de hypotheca non prospexerunt. *d. tit. §.* ingleichen. Carpz. *l. c. d. 154.* eodemque privilegio in foro nostro, præter commemoratos in *Ord. Pr. Sax.* gaudent, 1.) quibus pecunia pro Cambio soluta, Cambio cum protestatione remisso, debetur. Carpz. *dec. 280.* 2.) Sponsa dotem repetens, quam ante nuptias intulit, iis non secutis, *l. 74. ff. de jur. dot.* Hartm. Pistor. *Obs. 110. n. 8.* 3.) Creditores, qui sub pacto antichretico pecunias crediderunt, quia mutuus usus majorem favorem meretur quam usura *a. l. 8. ff. in quib. caus. pign.* ita pron. *Fac. Jur. Lips. A. 1703. M. Novemb.* 4.) mercatores ex libris mercatoriis (Buchschulden) agentes. 5.) qui ad emtionem pecuniam dederunt. sine hypotheca eo nomine constituta, Carpz. *P. 1. C. 28. d. 155. ubi praej.* 6.) Advocati, Procuratores quibus honorarium, præceptores, quibus minerval debetur. Richt. *d. privil. c. 5. n. 9.* 7.) qui ad sumtus metatorum, vel 8.) ad redemtionem debitoris pecuniam, Rantzion-Geld, dederunt, Carpz. *dec. 279.* Ziegler. *ad Tit. 49. Ord. P. S. verb. personale Privilegium* gegeben haben. *p. 299.*

‡ Jure vero novissimo etiam hæc quarta creditorum in Saxonia classis penitus est expuncta, omnibusque, qui in prima classe locum non inveniunt, nec pignore aut hypotheca expressa gaudent, nec ante motum concursum per executionem & immissionem jus reale acquisiverunt, pro rata absque discrimine solvendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 49.*

runtur, *l. 24. §. 2. d. tit.* Cujusmodi mensas cum his temporibus ita non habemus, hoc quoque privilegium cessare, manifestum est.

39. Si plures privilegiati concurrant, non est facile dictu, quid sit faciendum,* ait D. Matthæus *d. disp. 14. th. 52.* Fisco tamen dari primum locum, censet ex *l. 34. de reb. auct. Jud. possid.* ubi dicitur, eum, qui credidit ad navem emendam, fabricandam, vel instruendam, habere privilegium *post Fiscum.* Atqui privilegium Fisci cum ejus hypotheca, nisi ego fallor, coincidit; Itaque ex personalibus privilegiatis primus erit, qui ad rem aliquam comparandam, vel salvandam credidit, *d. l. 34. in fin.* Postremus locus datur deponenti, nummis absumptis apud mensam, *d. l. 24. §. 2.* Extantibus nummis, idem per rei vindicationem esset ante privilegia, ut ait Ulpianus in *d. l. 24. §. 2. in fin.* Quomodo accipienda videtur *l. 7. §. 2. Depositi*, quæ, nisi esset ejusdem Ulpiani, contraria *l. 24.* videri posset, etsi Wissenbachius noster nihil in illis videat adversi, ad *tit. ff. Depositi. th. 17.* Hinc sequitur, medium sponsæ locum relinqui, *d. l. 74. de Jur. dot.* Nam de pupillorum & minorum loco, cum modo sint hypothecarii, nihil heic laborandum; nec adeo de Republ. quæ non habet alium privilegii locum, quam lege speciali accepit, nec aliter esse privilegiatam, *modo* probavimus. Ac ita privilegiorum ordo tribus illis in summa comprehensis, non videtur habere difficultatem. Quod enim alii famulos famulasque & operarios illis accensent, æquitate sua non caret, juris auctoritatem non habet; Ideoque licet usu quarundam gentium non absurde probatum sit, teste Wesenbecio *parat. D. de Privileg. Credit.* & Gudelino 4. *de Jure Noviss. cap. ult.* apud nos tamen lege destitutum, nisi ex æquitate voluntaria, non observatur.

40. Remotis igitur vel non extantibus privilegiatis,** quorum sine hypotheca concursus admodum rarus est, Personales promiscue, sine causæ vel temporis discrimine concurrunt. Sub quibus, inquam, & qui chirographo subscripsere, continentur, etiam quos hodie licet appellare *librarios*, sive debitores e codicibus mercatorum atque artificum, *Boek-schulden.* Quibus etsi Doctores quidam privilegium inter creditores tribuunt, A. Matth. *d. dis. th. 37.* verum tamen est, moribus hodiernis, nil nisi quod probandi vim habeant, illis, ultra jus civile, quo nihil valent, esse tribuendum, idque nec aliter observatur. Concurrunt, inquam, promiscue, nisi personalis simplex privilegiato solvat, quo facto, in jus ejus succedit, *l. 24. §. 3. de Reb. auct. jud. possid. l. 3. de Bon. cess.* Alioqui sic instituunt Personales; Conferunt quantitatem pecuniæ ex bonis debitoris redactæ & pro se reliquæ, cum suis creditis, positoque calculo, quantum pro singulis aureis sive florenis confici possit, definiunt, atque tum singuli pro numero florenorum sibi debitorum illam summam capiunt; quæ ratio cum proportione geometrica, quam heic præscribunt Dd. coincidit. D. Matth. *d. dis. th. 51.* Enimvero si personales creditores sententia, & ex illa pignore judiciali potiti sint, ab eo tempore fiunt hypothecarii, & in re pignorata præferuntur, *l. 2. C. de Prat. pign.* Cujus pignoris usu fere obsoleto, in multis tamen foris, ut dictum, idem jus ex Arresto secutaque sententia, in quibusdam ex sola quoque sententia sequitur, & acquiritur, ut ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* observatum est.

* Secundum observantiam fori Saxonici, omnes personaliter privilegiati, sine discrimine tituli & temporis, pro rata concurrunt, fac. *P. 1. C. El. 28. §. f.* teste Carpz. *P. 2. C. 28. d. 140.* Berl. *P. 1. Concl. 70. n. 26. seq.* Richter. *de Jure & Priv. Cred. c. 5. n. 9.*

** De hac ultima classe Chirographariorum & Creditorum simplicium, ‡ videri potest *Ord. Pr. Sax. tit. 50.* ex qua notari meretur, eos concurrere omnes, ohne Unterscheid der Zeit, pro rata. Præferuntur ipsis autem Creditores in quatuor prioribus Classibus constituti, sed nostro Jure tantum ratione sortis, non ratione usurarum, *O. P. S. d. Tit.* §. es ist aber. *j. supr. P. II. p. 588.* Secus obtinet 1.) quoties petitur interesse moræ *Dec. El. 7.* Carpz. *P. 1. C. El. 28. def. 164.* 2.) in usuris pretii non soluti pro prædio vendito & tradito *d. Tit. 50.* §. Denn wenn. Carpz. *d. l. d. 167.* Id. *l. 4. Resp. 52.* 3.) in annuis reditibus. Carpz. *l. c. d. 169.* 4.) in usuris ex dote illata, nec restituta, quia sunt instar alimentorum. Id. *l. c. dec. 166.* 5.) in usuris, quæ debentur piæ causæ. *Dec. El. 8.* aut 6.) a tutore pupillo, in casu *Dec. El. 9.* 7.) si consensus domini in hypothecam feudalem, ad sortem non fuerit restrictus. *Dec. El. 10.*

‡ Jure novissimo nota, nisi adsint debita hypotheca judiciali, eaque ad sortem unice non restricta munita, τῶ interesse moræ & usurarum, non nisi post omnium sortes solutas haberi rationem. Exceptio est in Interesse rei judicatæ, quod omnibus atque singulis creditoribus, quorum petitio pro liquida declarare, licet de prioritate aliqua supersit dubitatio, una cum sorte, suo ordine solvendum est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 50.*

TIT. V.

Tit. V.

De Distractione pignorum & Hypothecarum.

I. Summa differentia inter pignus & Hypothecam, quod ad distractionem. II. Forma distrahendi, bona fide, & solenniter. III. Pœna Formæ non servatæ. IV. Effectus distractionis, & quando revocari possit. V. Creditorem de evictione non teneri. VI. Jus novum de venditione pignoris, & jure dominii impetrando, ex l. 3. de Jur. dom. imp. *& usus ejus. VII. Quid Juris, si posterior Creditor ordinis errore pignus vendiderit.*

Finis contracti pignoris tam in intentione partium inde ab initio, quam in exitu, sive in executione, definit in hoc, ut Creditor ex pretio pignoris, si aliter nequeat, adeoque per distractionem, suum consequatur. Modus autem distrahendi aliter in pignoribus proprie dictis, aliter in Hypothecis servabatur. In pignoribus, quæ a creditore possidentur, quid juris sit, ex *l. 3. C. de Jur. dom. impetr.* exposuimus, ad *tit. I. Quib. alien. lic. Part. I. pag. 157. n. 2. & seqq.* Summa differentiæ inter pignus, quod a Creditore possidetur, & hypothecam, cui debitor aut tertius incumbit, in hoc consistit, quod Pignus prævia denuntiatione vendi possit, *l. 4. C. h. t.* Hypothecam debitori possessam ut vendere liceat, Præses adeundus, & ab illo peti debet, ut res hypothecæ obnoxia venalis, sive, ut vulgus ait, *executabilis* declaretur, *l. 14. C. eod. tit.* Contra Tertium vero possessorem Hypothecaria agendum esse, constat satis ex iis, quæ ad *primum hujus libri titulum* diximus.

2. Forma distractionis *dicta lege 3.* non abrogata, duobus verbis in *l. 9. C. h. t.* præscribitur, *bona fide, & solenniter.* Bona fides excludit dolum, *l. 4. C. eod.* ne res minoris quam valet, per gratiam vendatur, *l. 3. C. Si vend. pign. ag.* nec vero dolum abesse sufficit, verum & ea, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a Creditore exiguntur, *l. 14. de Pignor. act.* SOLENNITER, id est, observatis, quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, *l. pen. C. Si vend. pign. ag.* Proinde, ut videtur, auctione publica, non quidem sub hasta necessario, quod non exprimitur legibus, sed proscriptione saltem publica, *d. l. 4. C. h.* ac ita, ut constet, non potuisse pluris vendi, *l. 22. in fin. de Pign. act.* quod aliter quam auctionis copia publice facta, constare non potest. Ipse Creditor, palam aut per alium subornatum si emat, res pro non vendita habetur, *l. 10. C. d. tit.* nisi debitor ipse vendere pignus in animum induxerit, *d. l. 10.* vel per judicem fiat distractio, *l. 2. C. Si in caus. Jud. pign.* Verum de ordine modoque distrahendi pignoris judicialis, ad *tit. de Re Judicata*, tractandum superest.

3. Si contra has regulas facta sit venditio, quod quidem actum est, non revocatur, sed in creditorem actio in id quod interest datur, *l. 7. C. d. t.* qui tamen si non solvendo sit, ipsa res vendita repeti potest, pretio saltem emptori restituto, *l. 3. C. Si vend. pign. ag.* Quid si emptor idemque possessor, doli particeps fuerit? hoc casu non modo illum ad rem, sed etiam ad fructus & id quod interest, solvendum teneri, docet *l. 4. C. eod.* sine pretii mentione restituendi; cujus tamen cum usuris offerendi, meminit *Lex 1. eod.* Ita propter formæ neglectum. Quod si creditor jus vendendi non habuerit, distractio nulla est, & indistincte res ipsa revocatur, *l. 2. C. eod.* quæ tamen usucapionem e tali venditione procedere docet: quod ad caput *de Usucapionibus*, & requisitum tituli referendum. Nonne & pretium hoc casu reddendum? Silet *d. Lex 2.* Sed non est dubium, per *d. l. 1. eod.* intellecto semper, debitorem ad plus quam ipse debeat, emptori restituendum non teneri, *arg. l. 21. §. ult. de pignor.* Quemadmodum etiam si plus sit in pretio pignoris quam in debito, id integrum debitori manere, clarum est; ut & Creditori suum jus manere, pro certo habendum, quatenus ex pignore distracto minus quam ipsi debeatur, redactum fuerit, *d. l. 3. C. de Jur. dom. imp.*

4. Venditionem rite institutam debitor impedire non potest, nisi integra forte cum usuris oblata, *l. ult. C. Debit. distr. pign. imped. non posse.* Consequenter, venditionis rite factæ effectus est, tametsi venditor dominus non sit, plena dominii translatio, *l. 46. de A. R. D. §. 1. I. Quib. alien. lic.* Proinde, non posse debitorem ita factam venditionem revocare, vel rem venditam recuperare, consentaneum est. Excipit Modestinus, cum posterior Creditor a priore pignus emit, quia non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa pecuniam dedisse videtur, quam proinde si debitor ei obtulerit, nulla est causa retinendi

 tinendi

tinendi pignus, *l. 6. h. t.* Idem erit, si quis pro debitore fidejusserit, & videat bona debitoris jure pignoris, parvo pretio, ut inde Creditori satisfieri nequeat, vendi, sciensque se a Creditore de reliquo conventum iri, emit res pignoratas. Cum enim hoc non tam fecerit emendi, quam damni vitandi causa, debitor eum deinceps indemnem præstare paratus, rem recuperare potest, *l. 5. §. 1. eod.*

5. Si pignus venditum dein minime debitoris proprium, sed alieni res dominii reperiatur, Creditor, qui Jure Creditoris vendidit, (secus si nomine proprio,) de evictione non tenetur, nisi ex promissione, vel ex dolo, *l. 2. C. Credit. evict. pign. non præst.* Verum is, cui profuit solutio pretii, debitor scilicet, utili actione Empti couveniri potest, *l. 12. §. ult. h. t.* non in omne quod interest, sed ad pretium cum usuris, habita quoque fructuum ratione, recuperandum, *l. 74. §. 1. de Evict.* Creditor tamen actionem pigneratitiam contrariam adversus debitorem, ex eo, quod rem alienam pignori dedit, præstare cogitur, *d. l. 12. in fine. l. pen. h. l. 38. de Evict.* vel actionem quoque principalem, si nec dum solutio & liberatio facta sit, per *dd. ll. & l. 59. §. 4. Mandati.* Quid autem, si Emptor rei pignoratæ, pretio nondum soluto, rem intelligat alienam esse, vel fideicommisso aliive subjectam oneri, quod actionem ex empto vel evictionis causa parit, an cogi potest ad pretium, sine cautione indemnitatis, solvendum? Non videtur. Aliud enim est, teneri ad emptionem rei alienæ implendam, & damnum evitandum; aliud, contra quem regressus, damno inflicto, sit capiendus: Evitandi damni facultas, re adhuc integra, facilius conceditur, quam regressus adversus eum, qui in qualitate nominis alieni vendidit. Proinde non teneri pignoris emptorem ad pretium prius solvendum, Curiæ Supremæ visum est, in causa Viri amplissimi *A. H. contra Petrum Schotanum, ante ferias O. S. 1680.* Cæterum est ratio, qua Creditores evictionis periculum in se redundans evitare possunt, si publico programmate moneant omnes, qui jus aliquod in rem venditam prætendere velint, ut hoc in præsenti exerceant, alioqui postea sileant, de quo locus erit ad *sequ. tit.* agendi *n. 6.*

6. Porro, Justinianus venditionem pignoris Creditori non concedit, nisi post biennium a denunciatione, vel sententia judiciali, *l. 3. §. 1. C. de Jur. dom. imp.* Quod hodie nusquam, opinor, observatur. Utique non ad sententiam quod attinet; ubi enim condemnatio super causa principali nexuque pignoris facta fuerit, eis ordinarium executionis tempus ad distractionem perveniri potest. Quod ad denunciationem attinet extrajudicialem, nihil habemus speciale constitutum; Ideoque si quis absque sententia pignus vendere cupiat, quid eum a biennio absolvat, non habeo dicere, tametsi non sit vulgatæ praxeos; quia vix aliæ quam judiciales pignorum venditiones instituuntur. Plane, quod pactis super ordine distractionis & tempore, vel quod *Statuto* placuit, haud dubie servandum; sicut Trapezitis apud nos certum temporis spatium, intra quod, etiam sine denunciatione, res pignoratas vendere queant, Lege cujusque Civitatis præscriptum est, neque pactione ex *d. l. 3. §. 1.* libertati derogatum legitur. Pignus igitur proprie dictum, cui creditor incumbit, alienari potest eo tempore & ordine, quo convenit; si nihil convenerit, post sententiam, vel intra biennium post denunciationem; quæ tamen, ut dixi, vix est in usu; moris, & nisi fallor, juris est, ut, *si nihil convenerit, res venum auctoritate judicis exponatur, quam creditor licitando publice emat, si velit*, verba sunt Stokmanni, *decis. Brab. 45. in fin.* Hypotheca, cujus possessio non est penes Creditorem, si penes tertium sit, per actionem hypothecariam inde avocari debet. Si a debitore possideatur, potest etiam vi pacti occupari & alienari, per *l. pen. C. de pign. act.* ubi, *circa conventionem vel præsidialem jussionem*, quod pactum executivum vocatur, etsi tutius est, præsidialem insuper jussionem adhibere, sic tamen, ut processu sententiaque opus non sit, juxta ea, quæ disserit Sandius *lib. 1. tit. 12. def. 3.* Si vero nihil super distrahendo convenerit, sententia omnino opus est, tam super debito principali, quam addito, rem pignoratam propter eam executioni obnoxiam fore, sicut in *hujus capitis initio* dictum est: De vi pacti, ne liceat alienare pignus debitori, vel creditori, actum est, quod sufficiat, *ad tit. de Pignoribus.* Quod si pignus proscriptum non inveniat Emptorem, dominium ejus a Principe posse impetrari, docet *d. lex ult. C. de jur. dom. imp.* sed observantia valde prolixa atque molesta, cujus summam retulimus *ad tit. Inst. Quib. alien. non lic. n. 2.* Heic ea repetere, vel planius commemorare non libet, inprimis quia nullius usus esse videtur; nec enim quisquam hodie tantum Dominii impetrandi circuitum instituet, cui in promptu est, per judicem facere venditionem, quo casu Jure Civili quoque

Creditor

Creditor ipse, pretio qualicunque rem comparare, Dominiumque irretractabile consequi potest, ut superius demonstratum est. Quid si mos sit alicubi, Creditoribus addicere dominium pignoris per judicem, si debitor post trinam citationem contumaciæ reus peragatur, valetne consuetudo? Nequaquam, ut recte judicatum refert Stokmannus *decis. 95.* Et, si quis apud nos ita suum **Intendit** sive libellum adversus contumacem concludat, non modo rejicietur, sed & mulctari posse videtur, *arg. d. l. ult. C. de Pact. pign.*

7. Fit aliquando, ut res pignorata vendatur ab eo, qui non habet jus vendendi, ordinis errore; Quæritur, quo pacto Creditori ordine juris priori, sed executione prævento, consulendum sit. Adversus emptorem sane nulla personalis actio competit, quia nullum obligationis vinculum intercedit; nec utilis hypothecaria datur, si pecunia non extet: ne quidem si dolo fecerit, tenetur Furti, aut ad Exhibendum, qui jus suum persecutus est, nec rem alteri, qui non possedit, eripuit. Ergo nihil reliquum est, quam ut ipsam rem pignoratam hypothecaria persequatur, ut Papinianus edisserit in *l. 1. h. t. l. 17. C. eod.* Verum si pecunia adhuc extet, utilis hypothecaria vi prærogativæ temporis datur in emptorem; Quin etiam si consumpta sit pecunia, modo Creditor protestatus sit, ut probat Sandius *3. 12. 27. in pr.* Imo etiam adversus Creditores posteriores, qui ipsam rem distractam non possident, sed pecunias accepere sub cautione restituendi, *si quis alius meliori jure præditus deinceps emergat*, etsi non sit protestatus, per ea, quæ tradit Sandius *d. defin. 27.* & quæ nos diximus ad *tit. de Pignor. n. 13.* In quem finem solet peti insertio in ordinem Creditorum justo loco, cujus vi posterior proximus, ad nummos restituendos priori condemnatur.

TIT. VI.

Quibus modis pignus vel Hypotheca solvitur.

I. Sorte soluta, tolli pignus, ubi & solutum fuerit id, pro quo hypotheca non erat data. II. Idem in aliis modis, quibus sors ipso jure deberi desinit. III. Idem ubi per exceptionem. IV. De remissione Pignoris expressa. V. De tacita. VI. Casus, quibus sola Creditoris scientia sufficit ad amissionem pignoris. VII. De oppignoratione, volente Creditore alii facta, ubi de programmate. VIII. De Confusione. IX. De rei interitu. X. De tempore. XI. An juri luendi præscribatur.

DEfinit, ut par est, tractatus de *Pignoribus*, in modis quibus finitur, qui vel per consequentiam principalis obligationis, vel per & propter se committuntur. Priore figura solvitur pignus & Hypotheca vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure per Solutionem, Acceptilationem, Novationem, Contrarium consensum. Solutioni, de qua *lex 6. h. t. in pr.* æquiparatur oblatio ac consignatio sortis debitæ, per *l. 1. C. Qui pot. in pign. l. 6. C. de Solut.* Debet autem solvi offerrive totum quod debetur, etiam pro quo pignus non fuit obligatum, ut novissime constituit Gordianus in *l. un. C. Etiam ob chirograph. pecun.* ubi, *At si in possessione pignoris constitutus fueris, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.* Proinde si usura quoque sortis debitæ non solvatur, etsi pignus ob eam non fuerit obligatum, dubium non est, quin & ob usuram chirographariam ejusdem pecuniæ, pignus retineri possit, ex illa Gordiani sententia: Nam hæc juri veteri, quo *soluto eo, propter quod pignus obligatum erat, locum habebat pignoratitia, l. 11. §. 3. de Pign. act.* perspicue derogavit, etsi aliter Wissenbachio nostro, aliisque ab eo citatis *ad tit. de pign. act. th. 16.* videri, non ignoramus: quorum rationes, ulla ratione fretas videre non possumus. Verba Cujacii; *Non est cur potius ob usuras chirographarias denegemus pignoris retentionem, ut probat etiam*, ait, *l. 4. C. de Usur.* (quam ego potius ad jus vetus retulerim,) *quam ob sortem chirographariam; nam odium usurarum, quod Interpretes isti rei adfingunt, jure Civili nullum est, lib. 19. obs. 27.* ubi tamen rursus ab illa sententia desciscere videtur. Mihi difficile est aliter docere, quam intelligere queam, nec intelligere datur, retentionem pignoris esse licitam propter debitum plane diversum, & non esse licitam propter accessionem ejusdem debiti, pro quo pignus est obligatum. Frustra aliquis objecerit, novum jus non esse derogatorium antiqui per consequentiam, sed quatenus expressum est: Nec enim est consequentia, dicere, eum qui jus dat retinendi pignus

pignus ob pecuniam sine pignore debitam, hoc non negare propter usuras sine pignore debitas; cum hæc utique pecunia sit optimo jure debita. Brunnemannum miror hoc quæsitum reliquisse intactum *ad d. l. un.*

2. Porro acceptilatione & novatione solvi pignus, docet *lex 11. §. 1. & 2. de pign. act.* sub exceptione, nisi convenerit, ut repetatur hypotheca, vel pignus maneat, *d. §. 1.* idque sive novatio fiat per delegationem, *l. 18. de Novat.* vel sine illa, *d. §. 1.* secus tamen est in actione vendita, *l. 8. §. 1. b.* Contrario consensu obligatione principali sublata, pignoris obligationem, ut accessoriam, pariter tolli, nihilo magis dubium est, *l. 9. §. 3. de pign. act. l. 3. C. de Luit. pign.* Quid igitur est, quod Gordianus in *l. 2. C. de Luit. pign. Intelligere debes*, inquit, *vincula pignoris durare, personali actione submota:* itane infinita oratione ? Non proposuisset absolute Tribonianus ex Gordiani rescripto hanc sententiam, quæ adversatur certissimo juris principio, nisi speciem, ad quam ea pertinet, præcedentis Quæstio Legis suggereret. Est autem hæc ejusmodi; Debitori sub pignore, duo heredes extiterunt; singuli actione personali tenentur pro portionibus hereditariis, actione hypothecaria in solidum, *quatenus possident.* Et ideo si unus solverit pro sua parte, tolletur quidem omni jure actio personalis, hypothecaria non item, ut in *l. 2.* Illa ergo non tenetur, hac tenetur, licet extincta principali; cum enim possideat rem a defuncto pignori obligatam, quamdiu illud debitum non est plane solutum, res a defuncto obligata manet hypothecæ subjecta, etiam pro parte alterius heredis, Cujacius *5. obs. 32.* qui addit, vix aliud inveniri exemplum, quo omni jure summota principali, manet hypothecaria, quod fit, ait, propter indivisam pignoris causam, quæ dicitur in *l. Rem. 65. de Evict.* tu vide tamen Gothofredum *ad. d. l. 2.* neque prorsus exemplum, quo actione principali extincta superfit hypothecaria, deesse, videbimus *ad tit. de Usucapion.* quod jam præsumi potest ex *posit. 8. & seqq. ad d. tit.* Hisce prædictis consentaneum est, per confusionem & compensationem principalis debiti, pignus & hypothecam pariter & ipso jure extingui, *d. l. 9. §. 3. & l. 11. §. 2. & seqq. de Pignor. act.* junctis iis, quæ *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl.* exposita dedimus.

3. Secundum hæc, quibus modis per exceptionem tollitur obligatio principalis, iisdem pignus per consequens finiri intelligitur. Pacto igitur de non petendo, *l. 5. b.* juncta *l. 17. §. 2. de Pact.* Jurejurando ab adversa parte delato, & re judicata, *l. 13. b. t.* & si qui sunt alii per exceptionem tollendæ obligationis modi, de quibus ut heic *alibi* dicta repetantur, nihil ad rem attinet. Quotiescunque enim sors remittitur, Pignus quoque & Hypothecam remitti necessum est, *l. 129. §. 1. de R. J.* Quid autem si remissio sortis sit inutilis? Adhuc remissionem pignoris consistere, traditur in *l. 1. §. 1. b. t.* nisi causa inutilitatis ad ipsum quoque pignus pertineat, quomodo accipienda *Lex 5. C. de Remiss. pig.* Subjicit Thomasius

SCHOLIUM.

Ut si minor remiserit sortem, aut creditor alius dolo vel metu inductus sit. Adde Brunnem. ad d. l. *5. Locum igitur hic babebit regula, Si actus meus non valet, quantum valere volo, valeat in quantum valere potest.*

His convenienter, ubi quis officii ratione semet ipsum resque suas obligaverit, officio finito, pignus & Hypotheca similiter finiuntur, secundum ea, quæ ad *tit. de Exerc. act. n. 4. 5. 6.* dicta sunt in *Parte II. Prælect. pag. 914. seq.* & occurret in hac parte locus *infra* commodior.

4. Modi ad ipsum pignus vel Hypothecam pertinentes, sunt iidem fere, quos de servitute habuimus ad *tit. Quib. mod. servit. amitt.* Remissio, Confusio, Rei interitus, & Tempus. Remissio, ut illic fuit, heic etiam est expressa, vel tacita. Expressæ exemplum habes in *l. 8. §. 1. b. l. 23. C. de Pignor.* Sed est notabile discrimen, quod Servitus pro parte indivisa remitti non potest, *l. 34. in fin. pr. de S. R. P.* Pignus & Hypotheca possunt, *l. 8. §. 3. b. t.* Atqui pignus & Hypotheca non minus quam Servitus, indivisam habent causam, *l. 65. de Evict.* Videamus igitur, quoad usque pateat effectus convenientia, & differentia: Servitute pro parte remissa, partis tamen alterius domino totus fundus & omnes ejus serviunt partes, *d. l. 34.* Sic etiam quando Hypotheca pro parte indivisa remittitur, alter quamlibet rei pignoratæ partem Hypothecaria petere potest; Qui autem remisit suam partem, nihil petendum habet, *d. l. 8. §. 2.* Plane sic etiam qui pro sua parte servitutem remisit, eam ipse, aut heres ejus exercere nequeunt, ut ex *d. l. 34.* in verbis, *servitutes pro parte retineri placet*, colligitur. In hoc adeo desinit discrimen; Servitutis exercitium, quo alter dominus, qui non remisit, eam retinet, per totum prædium æqualiter diffunditur. Pignoris persecutio, quæ in distractionem tendit, non

non potest operari ultra modum debiti principalis. Proinde cum alter suam partem remisit, pars altera duntaxat ab eo, qui superest, peti potest, pars dimidia cujuslibet, inquam, partis, ut est in *d. l. 8. §. 2.*

5. Tacitæ remissionis variæ sunt species & argumenta. I. Qui pignus sibi traditum debitori reddidit, de remittendo jure pignoris pactus videtur, *l. 3. de Pact.* non obstante *l. 9. C. de Remiss. pig.* ad quam responsum dedimus *tit. de Pact. n. 3. sub fin. Part. II. pag. 626.* II. Quando convenit, ut loco pignoris Fidejussor daretur, a pignoris obligatione recessum videtur, *l. 5. §. 2. h. t.* cum alioquin oblato fidejussore vel alio pignore, non habeat necesse creditor ab hypotheca recedere, *l. 6. §. 1. h.* juncta *l. 9. §. 3. de Pign. act.* III. Per alienationem pignoris consensu Creditoris factam, *l. 4. §. 1. h.* nisi alienatio effectum non habuerit, *d. l. 4. §. 2. l. 7. in pr. & l. 8. §. 6. D. l. 4. & l. 7. C. de Remiss. pign.* Scientia creditoris cum res alienaretur, non sufficit, *d. l. 8. §. 15. & l. ult. C. d. tit.* cogitavit enim Creditor quod res erat, pignus cum onere suo alienari, *l. un. C. Rem alien. gerent.*

6. Excepti sunt aliqui casus, quibus scientia sufficit. I. In favorem libertatis, si servus pignori obligatus, sciente Creditore, fit manumissus, *l. 16. C. de Remiss. pign.* II. Si Fiscus sub hasta rem pignoratam vendiderit, *l. 8. C. eod.* III. Si creditores de venditione facienda programmate admoniti, cum essent præsentes, hoc est in eadem provincia, jus suum executi non sint, *l. 6. C. eod.* Cujusmodi programmata ingenti usu commendare se videntur, ad evitandum periculum, quod emptores sæpissime ab evictionibus hypothecariis experiuntur. quod si programmate, venditionis tempore publicato, possit anteverti, nihil facilius utiliusque videtur. Enim vero non sufficere programmata, quibus venditio facienda proscribitur, qualia apud nos in venditionibus rerum soli perpetuo in usu sunt, verum in hoc illa specialiter esse dirigenda, ut Creditores hypothecarii admoneantur, quo veniant actionemque, si quam habere putent, in hanc rem instituant, docet textus in *d. l. 6.* Mirari liceat, cum hæc res sit liquidi Juris Civilis, in Frisia Juris Romani liberalissima, nullum ejus instituti usum, quod mihi quidem unquam auditum sit; frequentari. Alibi tamen (in Hollandia quoque) servatur, impetrata citatione generali, de qua diximus *ad Tit. de in jus voc. n. 13. Part. II. pag. 596.* cum hoc effectu, ut Creditores intra certum terminum venire cogantur, creditumque suum probent, aut perpetuum sileant, ut docet Gailius *l. 1. obs. 57. n. 7.* quod alibi *remedium purgationis civilis* appellant, Schachias *de Judic. l. 1. c. 34. n. 17.* novissimeque Stokmannus *decis. Brabant. 115. & seqq.* ubi duas habet exceptiones; I. Non sufficere generalem citationem per *programma*, in eorum, quorum actio nota est, vel esse potuit, præjudicium, qui nominatim citandi fuerint. II. Non præjudicari per tale programma possessoribus, sed his tantum, qui *prætensionem* sine possessione habent. Est alia in eo ipso textu exceptio; si Creditores *absint*, hoc est, in diversa sint provincia, ut absentes in Jure sumi, constat ex *l. ult. C. de longi temp. præscript.* Usus populorum hæc programmata produxit ad quælibet jura pariendæ actioni comparata; veluti ad beneficium inventarii, ad fideicommissa, & id genus alia: Sic enim ajunt; *Remedium purgationis civilis ideo comparatum esse, ut tuti reddantur emptores & novi possessores rerum, quas de novo acquirunt, & excludantur, si qui postea agere volent & jus aliquod sibi adserere contra possidentes*, verba Stockmanni *d. Decis. 115.* Si quis apud nos programmatis hujus usum, nullo Statuto abrogatum, sibi negari non posse petenti crederet, de quo nihil habeo dicere, latius tamen, quam ad Creditores hypothecarios in provincia agentes, ex *d. l. 6.* produci non posset.

7. Præterea sciendum, oppignorationem alii consensu creditoris factam, ad solvendum pignus, quicquid alii argutentur, sufficere * Sic enim est in *l. 12. in pr. h. t. Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse.* Quin si instrumento, in quo Tertio pignus obligabatur, addito, rem nulli alii esse devinctam, subscripserit, suum jus pignoris

* Jure Sax. Elect. creditor in ulteriorem oppignorationem consentiens, non Jus hypothecæ, sed tantum prioritatis, remisisse censetur. *O. P. S. Tit. 46.* **Darum wollen wir.** Carpzov. *P. 1. C. 28. d. 131.* Hartm. Pistor. *l. 3. qu. 16.* j. Mencken. *Contr. Jur. C16. Disp. VIII. th. 19.* Eodem Jure jus pignoris non creditur exspirare, quotiés prædium, in quo creditor hypothecam habuit, sub hasta fuit venditum, nam licet tum rem ipsam non amplius afficiat, Carpzov. *Resp. 32.* Id. *P. 1. C. 28. d. 83.* ex pretio tamen, secundum prærogativam Ordinis & temporis, creditori satisfaciendum est, *Dec. El. 58.* Philipp. *ad eand. obs. unic.*

amittit, *l.9.§.1.h.* Verum est tamen, non semper novo creditore dimisso, veterem penitus excludi; sed videndum esse, quid actum sit; *Utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, an ut ordo servetur, & prior creditor secundo loco constituatur, l.12.§.si tecum. 4. Qui pot. in pign.* Quod si quis in dubio ex consensu oppignorationis alii faciendæ præsumendum putet, etsi textus id non ferat, minus tamen repugnem.

8. Hæc de remissione Juris Pignoratitii. Confusio, quam secundo collocavimus loco, præter eam, qua jus debiti & crediti principalis coincidunt, heic est, quando Creditor dominium pignoris acquirit emendo similive titulo, *l.9. in pr. h.t.* ubi duo creditores rem pignoratam emnentes prærogativa temporis aut privilegio contra se invicem uti non possunt. Possunt huc etiam referri casus, quibus causa pignoris ad dominium redit, veluti, cum Emphyteuta fundum vectigalem pignori dedit, isque non soluto vectigali, ceciderit in commissum, *l.31. de Pign.* Idem erit, si usufructuarius suum jus oppignoraverit, *l. 8. in pr. h. t.* eodemque pertinet, si Creditor pignus pignori dederit; Extincto enim Jure Creditoris primi, secundum in eo confunditur, *l. 1. & tot. tit. C. Si pign. pignor. dat.* Unde liquet, non esse tam tutos, quam videntur sibi, illos, quia Trapezitis (hi frequenter id agunt, quando cunctis pignoribus de suis nummis impares sunt,) qui ab iis, inquam, accipiunt pignora apud ipsos deposita, quæ custodiant, creduli, non posse malum nomen fieri, cujus pignori incumbunt: Si enim trapezita solutione sibi facta, foro cedat, alter pignore simul & pecunia sua privatur.

9. Tertio, finitur jus pignoris interitu Rei pignoratæ, quod res ipsa loquitur, *l. 8. in pr. h. t.* quo sane etiam emphyteuseos & ususfructus finiti, cum pignori dentur, exempla referri possunt, ut fit in *d. pr. l. 8.* Mutatione rei non finitur Pignus; Quippe manet Hypotheca, licet de domo factus sit hortus aut vinea, *l.16. §.2. & l.29. §.2. de Pignor. & Hyp.* nisi talis sit mutatio, quæ dominii quoque interitum inferat, ut si ex ligno pignore dato, facta sit navis, *l.18. §.pen. de Pign. act.* Multo minus finitur pignus, si res pro parte sublata sit, quo pertinet, si domus combusta vel destructa fuerit, area quippe tenebitur; est enim pars ejus, *l. 21. de Pignor. act.* Proinde si domus a debitore restituta sit, manet in ea pignus, quod fuit, *l. ult. de Pignor.* nec aliter, si tertius bona fide restituat ædificium, salvis ipsi impensis in materiam & mercedes fabrorum factis, *l.29. §. 2. eod. tit.* Ratio non est obscura, & alibi tractata; quod jus soli trahit ædificium, *d. l. 21. de Pign. act.* Quæ ratio cessat in ædificiis alieno solo impositis, cujusmodi olim pleræque domus apud nos rusticorum. Nam si tales sublatæ, & a tertio bonæ fidei possessore sint restitutæ, jus pignoris extinctum non recuperatur; Nec enim partis, sed totius ibi fuit privatio; quia solum, quod non erat ejus, qui domum obligaverat, pignori non fuit subjectum, nec ideo restitutum ædificium trahere potuit. Sic memini judicatum esse in tali specie; Agricola pignori obligaverat omnia sua bona, quæ consistebant in Jure colonario, cum supellectile, pecudibus, & instrumento rei rusticæ; Jus autem colonarium constabat, proprietate domus imposita fundo domini, & jure conductionis ad longum tempus. Domo combusta, & agricola bonis everso, Jus ejus colonarium cum ruderibus & parietinis reliquis venditum erat Tertio; qui domum instauraverat, & deinde a creditoribus agricolæ conveniebatur hypothecaria. Sed nihil ab his impetratum est, quam ratione tignorum, quæ de veteri ædificio novæ structuræ adhibita fuerant. Verum si debitor idem, cujus fuerat superficies, combustæ domus loco novam constituisset; an eo casu creditoribus actio comparata fuisset? Non videbatur, quippe re pignorata non pro parte, sed tota sublata, nec ratione soli, quod alienum fuit, hoc casu concurrente. Verius tamen est, hypothecam duraturam, per *l. ult. de Pign.* *Si insula combusta est, deinde a debitore restituta, idem in nova insula juris habet* creditor; exemplo servitutum in simili casu, *l. 20. §.2. de Servit. urb.*

10. Denique; Tempore finitur Jus Pignoris & Hypothecæ, tam si de tempore convenit, *quoad usque pignus duraret*; * quam præscriptione, quæ triplex hypothecariæ actioni Legibus est im-

* Idem etiam apud nos in judicialibus rerum immobilium hypothecis obtinet, quæ imprimis, quando clausula cassatoria addita est, elapso tempore, in quod confirmatio judicis impetrata est, exspirant. *Dec. Fl. 31* ibique Philipp. *Obs. unic.* nisi creditor ante finitum hypothecæ tempus actionem eo nomine moveat, & lite pendente id elabatur, aut hypotheca concessa sit usque ad reluitionem Domino feudi vel Jurisdictionis reservatam, *d. Dec.* vel prorogatio consensus legitime fuerit impetrata. Philipp. *l. c. n. 11.*

posi-

posita, longi, longissimi, & supra longissimi temporis. Longi temporis est decem vel viginti annorum, quæ datur bonæ fidei pignoris possessori, decem inter præsentes, viginti inter absentes, ut in usucapionis materia est, *l. 1. & 2. C. Si adversf. Cred. præscr. oppon.* Quod an locum habeat, in Credito annui reditus ex fundo, si fundus liber alienatus sit, ignaro Creditore, cui pensiones annuatim a Venditore sunt solutæ, vide differentem Stockmannum *Decis. Brabant. 83.* Nos eam quæstionem ad titulum de Annuis legatis reservamus.

Malæ fidei possessor non liberat pignus, nisi præscriptione longissimi temporis, quod est annorum triginta, *l. 7. C. de Præscript. 30. vel 40. ann.* Ipse vero debitor aut ejus heres, rem pignoratam possidens, *quadraginta* duntaxat annorum spatio liberatur, *d. l. 7. §. 1.* Ita præscribitur Creditoris juri, quod is habet ad pignus persequendum.

II. Quæritur, an juri luendi pignoris, quod competit debitori, præscribatur. * Liceat heic mihi respondere, quemadmodum in alio simili quæsito, Vir Doctus ait; *Adfirmatur, contra adfirmantes tamen.* Adfirmare licet, quia nullum est Jus, cui non præscribatur, modo requisitum fundamentale præscriptionis omnisque dominii acquisitionis adsit, quod est, *ut possessor animum sibi habendi præferat.* Etenim quicunque possidet alieno nomine, qua talis, nullum usucapionis aut præscriptionis initium facere potest, *pr. Inst. de Usucap. l. 2. C. de Præscript. 30. ann.* Hinc quamdiu rem ut pignoratam se possidere, non negat Creditor, manifestum est, nullum præscribendi initium animo concipi posse. Rursus, si creditor rem pignoratam neget esse talem, & præ se ferat esse suam, ab eo tempore præscriptionem longissimi temporis, quæ datur etiam furibus & malæ fidei possessoribus, inchoare potest. Ac ita juri luendi pignoris æque ac aliis juribus præscribi posse, concedimus ac adfirmamus. Altero sensu, quamdiu Creditor rem, ut *pignus*, vel non negans esse talem, possidet, communis eaque verissima Juris sententia est; Creditorem, qui pignus jure tituloque creditoris possidet, a Jure luendi pignoris debitorem nullo temporis spatio excludere posse, propter defectum requisiti fundamentalis, quod demonstravimus. Exempli gratia. Fortuita rixa quidam Agricola Nobili vicino objiciebat, ejus avos non fuisse tanto suis majores, quanto nunc ipse præ se excelleret. *Fundus, quem ego possideo*, inquit, *avi tui meis Pignori dare coacti sunt.* Hoc effutitum dedit occasionem Nobili isti, inquirendi in rem sibi adhuc ignoratam, ac ita repperit esse factum, ut pro summa pecuniæ satis modica, prædium illud Rustici avis obligatum traderetur. Si hanc probationem ultro invenisset, nec alter pignoris causam fassus, possessione libera 90. & amplius annorum se tuitus esset, frustra fundum repetiisset; quam illa confessione fretus, ut mihi relatum est, oblato debito, recuperavit. Nostra memoria claro Principi litem ejusmodi super nobili Domanio motam vidimus: Nec dubitatum, quin summo jure pignus redimi posset. At mutatis temporibus, homines mutati, juri suo jam moto renunciare maluerunt *anno 1672.* Inter dissentientes ab hac sententia est Thomasius noster.

SCHOLIUM.

Sed obstant huic Sententiæ ea, quæ ipse Autor posuit ad Tit. de Rescind. vendit. posit. II. & quæ ibidem notavimus, *unde ad rationes, quas hac thesi recenset, facilis est responsio.*

RESPONSIO.

Respicit ad id, quod in Parte II. pag. 989. *diximus; juri ex pacto de retrovendendo posse præscribi. Sed etiam illic monuimus, esse discrimen, inter Pactum de Retrovendendo & jus luendi pignoris, hoc inprimis; Quod Emptor, qui pacto de retrovendendo tenetur, rem suo nomine, tituloque domini possidet, quod in pignore secus se habere manifestum est; plura mox in eam rem collocabimus.*

N. ADDIT.

Esse utique differentiam inter pactum de retrovendendo & jus luendi pignoris, quis negaret? sed an illa differentia tanti sit, ut in hac quæstione quid operetur, valde dubito. Sane in contrarium est regula, quam ipse Autor supra d. tit. de resc. vendit. *posuit: Quod jura, quæ immediate ex contractu oriantur, præscriptioni sint subjecta, adeoque, ut ibi notavimus, non possint referri ad res meræ facultatis. At vero luitio pignoris æque, ac jus rescindendæ venditionis, est jus, quod debitor habet ex contractu, nempe mutui*

* De Jure nostro sine dubio negative respondendum est, per *P. 2. C. El. 1.* vid. Carpz. *ad eand. def. 8.* idemque secundum Jus Commune defendunt Gail. *l. 2. Observ. 18. n. 4.* Ant. Fab. *C. l. 8. tit. 19. def. 19.* Franzk. *Ex. 5. qu. 6.*

& pignoris. Urget quidem Autor, quod creditor pignus possidens rem possideat nomine alieno, & ad casus quosdam provocat. Sed hic (I.) *plane mutavit statum controversiæ, & aliam sententiam eligit, quam quæ ab ipso in positionibus defendebatur. Concedit enim hic, quod luitioni pignoris possit præscribi, postquam creditor rem incipiat possidere ut dominus, & oppignoratum id esse neget. At ibi generaliter negabat quæstionem, ex ea ratione potissimum, quod non prius nascatur actio reluendi pignoris, quam soluta obligatione principali; solvendi autem facultas nullo tempore tollatur. Addideram ergo huic assertioni scholium novum, his verbis:* Sed cur non? Solutio enim est debiti præstatio. Debitum vero non est, si intra triginta vel quadraginta annos Creditor id non exegerit, sed per præscriptionem id fuerit sublatum. *Sensit vim objectionis Autor, adeoque ab assertione priore recessit, eamque hic aliter formavit.* (II.) *Nobis vero id non est omittendum, cum exinde nascatur ratio regerendi, adversus præsentem assertionem Autoris, quod Creditor, quamdiu debitum non sit solutum, pignus possideat ut pignus, i. e. ut rem alienam. Nam postquam triginta anni, in quibus Creditor pignus habens debitum suum non repetit, sunt elapsi, & ita actioni mutui est præscriptum, ab illo tempore etiam Creditor pignus illud non amplius ut pignus possidet, quia pignus non est, ubi non est mutuum, cui accedat. Quare, etsi rusticus pignoris causam fassus erat in dato casu ab Autore, non tamen debuisset post 90. annos condemnari. Denique quod res meræ facultatis attinet, uti recte Autor notat, eas non recte describi a Grotio, ita definitio ejus obscurior est Grotiana, & saltem ad defendendam quæstionem effabricata. Quid enim est jus non actu quæsitum, sed semper in potentia? Clarius; res meræ facultatis, sunt jura disponendi de persona & rebus suis, quarum intuitu aliis non est jus per pactum legibus conforme quæsitum: ut jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendi communione, quæ exempla ipse Autor habet. At vero jura ex contractibus quæsita, vel aliis indulta, non sunt res meræ facultatis, sed præscriptioni subjacent, ipso Autore fatente in loco citato in scholio.*

Nusquam adeo quam in hoc jure debitum lucendi, verius est quod vulgo dicitur; *Rebus meræ facultatis non præscribi:* Tu dices; Quid sibi volunt Juris magistri cum hac e scholis petita notione toties ingeminata? Res *meræ facultatis*, quibus non præscribitur, ait esse Grotius, *quæ non habent quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit, ut Luitio pignoris*, inquit, *lib. 2. cap. 4. §. ult.* Minus plene, ut videtur. Quid enim? Jus vindicandi rem suam a possessore, non habet quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit: Ergo ei non præscribitur? Jus repetendi Mutuum, non habet exercitium quotidianum, sed ubi commodum erit, semel; Et tamen quis illi juri, si totis 30. annis non sit actum, nec possessor aut debitor se talem expresse vel tacite confessus fuerit, præscribi posse negat? Sic igitur potius; *Res meræ facultatis sunt jura, quæ non actu quæsita, verum semper in potentia sunt, ut constituantur & acquirantur;* Cujusmodi est jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendi a communione, jus solvendi debitum, quod non est ejusmodi, ut ex aliqua causa acquiratur, uti nec jus, inquam, luendi pignoris, quamdiu pignus esse non negatur. Unde liquet, cur juri de retrovendendo præscribi queat, ut *ad tit. de Rescind. vend.* probatum est, & quamobrem rationes illic a nobis prolatæ non repugnent huic positioni; jus enim retrovendendi perfecte est acquisitum pacto speciali, cui æque ac aliis juribus præscribi potest; maxime, cum, ut dictum, possessor animum titulumque dominii præ se ferat. Postremo loco repeti meretur, quod primo collocatum est; Creditorem non possidere cum animo sibi habendi, sed alieno nomine; a tali autem inchoari non posse præscriptionem, *d. l. 2. C. de Præscript. 30. ann.*

SCHOLIUM.

Sed hoc non probatur per d. l. 2. *quæ in specie de eo, qui precario rem possidet, & conductore loquitur. In illo enim ratio decisionis est, quod precarium ex hypothesi Juris Romani non sit contractus, adeoque repetitio ejus spectet ad res meræ facultatis. At quod conductorem attinet, loquitur Imperator de eo, qui suam mercedem quotannis solvit, vel certe per triginta annos solvere non cessavit. Hic enim solvendo mercedem satis declarat, se possidere nomine alieno. Unde nescio, an commode lex hæc ad commodatarium extendatur, & depositarium,* cum Brunnem. ibid. *quamvis id eo casu procedat, si tibi rem ad 30. annos commodaverim, vel ad tantum temporis spatium apud te deposuerim. Hactenus enim causam possessionis tibi non poteris mutare.*

Non

Non agit σαφῶς hac parte Scholiastes. Imperatores decidendi rationem his verbis comprehendunt; *cum Lex Constantiniana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt.* Est illud ipsum, quod nos diximus: De Precario quod contractus non sit ὀυδεὶς λόγος, *nullum verbum.* Nec de conductore verum est, Impp. loqui de eo, qui mercedem solvere non cessavit. Ait, *conductores non convenit Possessores appellari, qui rem ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem.* Negat iis praescriptionem convenire, quia non negant se esse conductores, & quia pro possessione tenentur ad mercedem, ac ita satis indicant, *se alteri potius quam sibi possidere.* Enimvero Coloni, Commodatarii, & Depositarii, si absque titulo certo, vel diverso titulo, cum animo sibi habendi possederint, dominus, qui totis 30. annis jus suum non exercuit, praescriptione quo minus excludatur, nihil impedimento est. Plures sunt hujus sententiae rationes, quas exponit & ab objectis vindicat D. Wissenbach. *ad h. t. th.32.* Distinctione tamen a nobis posita, subintellecta potius ut opinor, quam expressa.

N. ADDIT.

Nunc vero postquam jam ostendi, praescripto mutuo a debitore, creditorem incipere possidere alieno nomine, conciliari facile possunt rationes explicandi d. l. 2. *a me datae, cum ratione Autoris, ut connectantur, non ut opponantur sibi. Nec obstat, quod rationis, quam dedi de precario, nullam mentionem faciat Imperator. Nam non omnes rationes legibus semper solent addi, sufficit, quod ratio data non repugnet analogiae Juris. De conductore vero, qui minimum per triginta annos non cessavit solvere mercedem, loqui Imperatorem, credere inductus sum per verbum* solitam. *Quomodo enim merces solita praestari dici possit, quae tam diu non est soluta?*

LIB. XXI.

Tit. I.

De Ædilitio Edicto.

I. Continuatio, & de officio Ædilium. II. De causis actionum ex hoc Edicto. III. Quae actiones inde competant. IV. Quid differant ab actione Empti. V. Usus harum actionum, maxime si res perierit. VI. Quatenus electio harum actionum competat Emptori. VII. Post aestimatoriam adhuc Redhibitoriam dari, non contra. VIII. Expositio l. 48. §. 7. h. t. *IX. Proprietates aliae harum actionum, & casus, quibus cessant. X. De Feris noxiis juxta vias publicas habitis.*

Pignus fuit accessio Contractuum generalis: Sequuntur appendices quaedam Emptionis Venditionis potissimum, quo pertinet argumentum Ædilitii Edicti, Stipulatio Evictionis, & Exceptio Rei Venditae, atque traditae. Ædilium Edictum promulgatum est Romae ab Ædilibus Curulibus, de quorum origine Pomponius agit in *l. 2. §. 21. & 26. de O. J.* & nos in *Parte I. pag. 12. num. 10.* Distincti fuerunt ab Ædilibus plebejis, quorum antiquius institutum fuit; utrique dicti, quod aedibus praeessent, item viis ac ludis, ut Pomponius *ibidem* aliique *passim* testantur. Utrique, Magistratus majores adjuvandi causa creati, Curules pro consulibus, Ædiles pro tribunis: Etsi Consulum utrique imperio paruerint, ut ex Livio intelleximus *lib. 34. cap. 14. in fin. Consules Ædilibus Curulibus imperarunt, ut Sacerdotes ejus sacri* (Bacchanalium) *omnes conquirerent, comprehensosque libero conclavi ad Quaestionem servarent; aediles plebis curare, ne qua sacra in operto fierent.* Quamvis igitur majorum numero Magistratuum habiti non fuerint Ædiles, ut probavimus *lib. 3. Digress. c. 23.* Jurisdictionem tamen habuerunt, inprimis circa Forum & vias publicas. Ad utramque partem duplex, aut bimembre hujus Rubricae Edictum pertinet, alterum de venditionibus rerum tam soli quam mobilium, *l. 1. in pr. h. t.* alterum de noxiis animalibus juxta viam publicam habitis, in *l. 40. & seqq.* Nos primo Edicti summam recensebimus, & dein usum explicabimus.

2. Primum Edictum de rebus venalibus, est in *l. 1. §. 1. & l. 38. pr. §. 1. 2. & 3. h. t.* conceptumque est ibi de mancipiis & jumentis; Sed ut in *pr. d. l. 1. l. 49. & l. 6[illegible]* indicatur, ad cujusvis generis venali[illegible], [illegible] etiam immobiles

 per-

pertinet. Edisserit autem, quid juris sit, ob triplicem defectum a Venditore commissum: 1. Si res vendita non conveniat cum ejus *dicto promissove*, *l. 1. §. 1.* sic tamen, ut quæ commendandi causa dicuntur, ut fit, ab emptoribus, in censum non veniant, *l. 19. in pr. h. t.* Secunda causa est, ex *reticentia*: Venditor enim certiorem facere debet emptorem, si quid vitii morbive fuerit, omniaque recte pronunciare, *d. l. 1. §. 1. & l. 38. in pr.* Tertius defectus est, si venditor *cavere nolit* emptori, ut Ædiles jubent, ob vitii alicujus aut defectus suspicionem, *l. 28. h. t.*

3. Propter has causas ex eodem Edicto actiones duæ sunt proditæ, Redhibitoria & Æstimatoria, quæ similiter in Permutatione locum habent, *l. 19. §. 1. h. t.* Redhibitoria datur Emptori contra venditorem, ut is rem venditam recipiat pretiumque restituat, una cum usuris & eo quod interest, *l. 1. §. 1 l. 23. l. 27. l. 29. §. 2. & l. 31. §. 1. h. t.* quæ docent scilicet, emptorem vicissim rem cum omni causa restituere debere. Finitur autem hæc actio sex mensibus ob res ipsas, duobus ob accessiones rerum, *l. 38. in pr.* Æstimatoria datur eidem emptori contra Venditorem ad repetendum de pretio, quanti res ob vitium minoris est quam vendita fuit, *d. l. 1. §. 1. l. 38. in pr. & l. 61. h. t.* eaque durat annum utilem, *l. 19. §. ult. h.* nisi moveatur hæc actio, propterea, quod venditor cavere nolit, sicut Ædiles caveri volunt; nam hoc casu Æstimatoria sex mensibus finitur, ut Redhibitoria bimestri spatio, *l. 28. h. t.*

4. Tu dices: nonne præstationes vitiorum in rebus venditis, actione empti venditi continebantur, quid opus speciali Edicto in hunc finem? Moribus equidem hodiernis, vix est, ut quicquam intersit, ex empto, an ex Ædilium Edicto agere te dicas: Primitus tamen differentiæ quædam fuerunt; præter quod Prætori minime fuit insolens, de Rebus Jure Civili constitutis Edicto suo cavere diligentius, ut consentaneum fuit, eum curæ id habere circa res venales ad officium ejus nominatim pertinentes.

SCHOLIUM.

Varie hanc quæstionem Doctores tractare solent. Conf. cum Autore Wissenb. h. t. th. 9. *Mihi placet præ aliis opinio Franzkii, quem vide* ad tit. de Act. empt. n. 99. *Moribus nostris quid observetur, vide apud Dn. Schilter.* ad h. t. §. 15. & 17. *Carpz.* P. 2. C. 34. d. 15. seqq. *Dn. Stryk.* de jure sens. Disp. 1. C. 3. n. 44.

Præcipua quæ intererant, hæc sunt; Ex Edicto utraque actio non de animi, sed de corporis vitiis agit, *l. 1. §. pen. h.* nisi quatenus ipsum servi corpus afficiunt, *l. 4. §. 4. l. 16. §. 1. l. 43. §. 4. &c.* sed actio ex empto datur quoque ob animi vitium, *l. 4. pr.* Ædilitiæ sunt arbitrariæ, & ni satisfiat, in duplum, *l. 45. h. t.* quo sensu pœnales dicuntur, *l. 23. §. 4.* sed actio ex empto est b. f. in simplum, *l. 2. & l. 27. §. ult. de Evict.* Ædilitiæ competunt in unum ex pluribus, qui pro majore parte vendidit, civiles in singulos pro rata, *l. 44. §. 1. in pr. h.* Facilius quoque ædilitiæ dantur in ignorantem, ut dictum, quam civiles ex empto, *l. 13. §. 1. de Act. empt.* Nam hæc ob culpam maxime comparata est; illa ad inæqualitatem, etsi culpa nullius, corrigendam, ut inter scientiam & ignorantiam non distinguatur, *l. 1. §. 1. h. t.* quæ notabilis & forensis est differentia.

5. Sed hæ discrepantiæ quod ad genus actionis, moribus, ut dixi, hodiernis nullum amplius usum habent; nec ideo tamen, quæ in hoc titulo traduntur, usum habere desinunt: Sed tam redhibitoria quam æstimatoria licet experiri, si modo vitium, vel ejus causa, proxime venditionem antecesserit. Nam quod sequitur, ad emptoris periculum pertinet, nisi aliter convenerit, *l. 3. C. de Ædil. act.* Si vero præcesserit causa venditionem, actiones ædilitiæ dabuntur, *etsi pecus sit mortuum*, *l. 47. in fin. h. t.* quod æque in permutatione locum habebit, *arg. l. 19. §. 1. h.* idque ita judicatum in Curia nostra apud Nautam reperio, in causa *Johannis Sapæi contra Sixtum Feiconis cum soc.* Actor equum permutatione adeptus erat a Reis in nundinis *Belcumanis*; decemque vel 12. diebus post traditionem equus erat mortuus; dein cum sectus esset, intestina corrupta & exesa ichore flavo & tabifico reperta sunt a longiore tempore collecto, ut inde constaret esse mortuum. Condemnati sunt ad pretium restituendum, non obstante testimonio aliorum mangonum: quasi moribus inter equorum mercatores obtineret, ut ne plura quam tria vitia *

* Secundum *art. 79.* Wb. in equo venditor tria saltim vitia præstare tenetur, scilicet si equus sit stätig, retrogadus, staarblind, cæcitate latente laborans, aut haarschlächtig, quod alii scabiem, alii malum pulmonicum, sive asthmatis morbum, exprimere autumant. conf. Coler. *d. Proc. Exec. P. 2. c. 1. n. 82.* Carpzov. *P. 2.*

præsta-

præstarentur, si nihil speciale dictum aut promissum esset, quæ tria hæc erant; malum pulmonicum, *dempigheit*: præsepicum quod vocant, quo equi se præsepibus mordendis intorquent, & *tertio* vermium. Cujus moris hæc queat ratio reddi, quod illa sint vitia, quæ emptor scire nequeat, venditor posset. Nam quæ manifesta sunt, ut ab emptore facile observari queant, ædilitiis actionibus non sunt obnoxia *l. 1. §. 6. l. 2.3.4. l. 14. §. ult. l. 48. §. 3. 4. & l. 55. h. t.* Quod autem ad venditoris attinet ignorantiam, hæc quidem ab ejus quod interest plena præstatione eum liberat, *l. 13. in pr. de Act. empt.* non ab actionibus ædilitiis, *l. 1. §. 2. h. t.* Proinde nihil causæ fuit, ut ne ob alia vitia, quam quæ venditor scire possit, mangones agi posse negarent. Nec illi universitatem faciebant, ut si maxime talis consuetudo inter eos usu obtinuisset, alius eam ignorans ad observantiam ejus teneretur, nisi forte ex *arg. tit. Quod quisque jur. in alt.* si quis antea scil. hoc jure contra alium usus esset, vel id impetrasset, ut deinceps eodem jure in propria causa uteretur.

6. Actionem Redhibitoriam & Æstimatoriam intentione atque effectu inter se discrepare manifestum est, non æque, an certi termini, quibus hæc aut illa moveri possit existant. Sunt, qui in arbitrio emptoris esse volunt, utra malit experiri; posse eum eligere, inquam, & statuere secum, æstimatoria an redhibitoria agere velit, quibus adstipulatur Thomasius ad *nostram posit. 3.* Sed cum, immane quantum, interstit venditoris, utrum quod vendidit, recipere totum cogatur, an quanto minoris defungi liceat, non est civile dictu, in reciprocæ præstationis contractu, tanti rem momenti ab solius Emptoris arbitrio suspendi. * Plane eum, qui redhibendi causam habet, si æstimatoria quod minus est, agere malit, id in potestate habere per *l. 21. de R. J.* nec semper utraque cumulatim experiri licere, certum est ex *l. 25. §. 1. de Except. rei jud.* Sed hic textus non impedit quod juris ratio dictat, Redhibitoria non posse aliter agi, quam si tale vitium in re vendita sit, propter quod actor eam rem empturus non fuerit, sicut *ibidem* traditur, ejusque rei judicium non a mero emptoris, sed a judicis, arbitrio pendere, consentaneum est. Ita quoties de servitute agitur, venditor victus tantum præstare debet, quanto minoris emisset alter, si scisset, hanc servitutem esse impositam, *l. 61. h. t.* neque dicendum est, ob celatam servitutem, contractum emptoris arbitrio rescindi posse, ut redhibitoriæ locus sit, per *l. pen. de Eviction.* de cujus sententia *capite sequenti* pressius agendum erit. Nec tamen repugno, quin, si fuerit servitus adeo gravis & deformis, ut exactus paterfamilias rem ea causa non fuisset empturus, ad redhibendum hæc ratio quandoque sufficere possit, quomodo merito judicatum refert apud Brabantinos *Stockmannus*, de celata servitute cloacæ, per quam colluvies ex duabus latrinis vicinæ domus, sub pavimento atrii per subterraneum meatum longo ductu, ad vestibulum usque domus venditæ decurrebat: Unde subinde ingratus fœtor exhalabat, & pavimentum nonnunquam obstructo canali rescindendum erat, ut aliquoties factum fuerat, *Decis. 97.* ubi recte monet & probat, alioqui ob celatam quamlibet servitutem, etsi quanti minoris agere liceat, minime tamen a contractu posse recedi, *n. 2.*

7. Quod autem diximus, Concursum æstimatoriæ atque redhibitoriæ non esse cumulativum, accipit hanc limitationem, *quatenus idem bis non petatur*, quam esse fundamentum omnis de Actionum concursu doctrinæ, probavimus in *Parte I. p. 424. n. 40.* Quare si non offenditur hæc regula, nihil vetat, post æstimatoriam adhuc moveri Red-

C. 34. def. 17. Eckolt. *ad ff. tit. d. ædil. edict. §. 6. in fin.* Nihilominus, si dolosa venditoris simulatio aut dissimulatio accedat, etiam ob alia vitia, e. g. si equus sit lunaticus, Richter *dec. 95. n. 10.* vel pituitosus. Id. *l. c. n. 33.* Coler. *dec. 228. n. 3. sqq.* conf. Carpz. *l. c. def. d. 15. & 17.* Franzk. *ad ff. d. tit. n. 85.* actioni ex emto perpetuæ erit locus. *a. l. 13. ff. d. act. empt.* Richt. *dec. 95. n. 12.* atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jul. Anno 1702.*

* Immo ad arbitrium Venditoris pertinebit, si emtor actionem quanti minoris elegerit, venditor vero pretium, quod emtor vel judex nimis exiguum esse, seque pro eo rem actori relinquere non posse, neque eo modo contracturum fuisse contendat, remque integro quod accepit pretio restituto recipere malit; atque adeo nec actor invitus ad actionem quanti minoris instituendam compelli, nec reus invitus ex ea condemnari, sed uterque redhibitoriam præoptare poterit, ut monet Beyerus in Delin. *Jur. Civ. L. p. 338. not. (a)* Sane officio Judicis Germanici continebitur, juvare reum redhibitoria, cum in favorem emtoris idem licuerit Judici Romano per *l. 43. §. 6. D. h.*

hibi-

hibitoriam. Nam post hanc non dari Æstimatoriam, palam est, quia per graviorem levior in eodem negotio absorpta est, ut *d. loco* probavimus. Igitur hæc regula, *si graviore prius sit actum, levior extinguitur; si leviore prius, gravior superest in id, quod plus continet*, non tantum obtinet in actionibus ex delicto, sicut vulgo, sed etiam in rei persecutoriis e contractu, ut *d. pag. 424.* exemplo patuit, & heic denuo liquet: Nam si emptor prius quanto minoris egerit, deinde liqueat, rem adeo nullius esse valoris, ut ne expediat quidem ejusmodi rem domino habere, redhibitionem adhuc impetrare potest, officio tamen judicis implorato potius, ut is, quod antea præstitum, deducat ac ita redhibeatur, quam actione directa ex *l. 43. §. aliquando 6. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed hoc nequaquam dicit d. l. 43. §. 6. *Melius eam exponit Wissenbach.* th. 10. *junge* l. 25. §. 1. de Exc. rei Judic.

RESPONSIO.

Lex ait, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet æstimatoria agamus, *& mox*, licet æstimatoria actum fuerit, *& cætera quæ dixi; Unde refellitur explicatio D. Wissenbachii, qui vult in ipsa prima actione æstimatoria rem aliquando judicis officio redhiberi, quod cum plane diversi generis sit, non videtur. Nostra expositio tam verbis quam usui juris multo crebrius & civilius convenit.*

N. ADDIT.

Miror pertinaciam in tanto viro. Ait Paulus. Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit *per sententiam Judicis*, licet æstimatoria, id est quanti minoris, agamus *& redhibitionem non petamus, sed restitutionem pretii majoris.* Nam si adeo nullius sit pretii, ut, ne expediat quidem tale mancipium *vel jumentum* domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, *v. g. si equum talem emerim pro 100. thaleris, & postea instituam actionem quanti minoris & repetam totam summam, vel 99. thaleros*, licet æstimatoria actum *tunc a me* fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur, *ne videlicet & pretium & rem (quam plane inutilem esse dico) simul retineam. Nec possum conqueri, quod res mihi auferatur, si eam dicam esse propter inutilitatem nullius pretii. Jam judicet Lector, an propter verba*, licet æstimatoria actum fuerit, *refellatur explicatio Wissenbachii & confirmetur illa violenta Autoris.*

8. Denique, propter diversa vitia sæpius agi posse, docet *Lex 21. §. si quis. 16. & l. 48. §. 7. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed qua actione, æstimatoria ne an redhibitoria? Æstimatoria, nam res sæpius redhiberi non potest, ut recte notat Glossa ad d. l. 48. §. 7. *Quid ergo est, quod Pomponius ibidem dicit?* Cum *redhibitoria* actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere & prædicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de eo iterum ageretur. *Mihi videtur vel JCtus, dum hæc scriberet, æstimatoriam habuisse in mente, vel Tribonianum, dum hæc exscriberet, errorem commisisse. Nam redhibitoriæ voce tam late uti velle, ut sub se comprehendat actionem quanti minoris, esset vim voci inferre: nam, qui redhibet, nihil retinet. Alia ratio est actionis æstimatoriæ, quæ sub se redhibitoriam complectitur*, l. 25. §. 1. de Except. rei judic. *Glossa equidem* d. l. *putat institutam fuisse actionem redhibitoriam, sed rem non fuisse exhibitam, verum præstitam saltem æstimationem vitii. At vereor, an & hoc procedat. Nam dubito, an judex in redhibitoria reum potuerit a redhibitione liberare, & ita electionem actori auferre. Non obstat* l. 43. §. 6. hic, *quia ab æstimatoria ad redhibitoriam, per modo dicta, inferri nequit.*

RESPONSIO.

Mihi non est dubium, quin JCtus in d. l. 48. §. 7. *Redhibitoriam actionem vocet eam, quæ est ex Edicto Ædilitio, simpliciter: vocemque tam generaliter sumi posse, probo inde, quod in ipso Edicto, ut heic habetur in* l. 1. h. t. *REDHIBENDI tantum fit mentio, cui facultas quanti minoris petendi virtualiter inest*, arg. l. 21. de R. J. *Quanti minoris ita fit mentio, ut sub redhibitione lateat. Plane a potiori denominationem fieri, non est insoleus; quin ex ipsa re, cum redhibitoria sæpius agi dicit Juris C. necessitas hujus responsionis elucet, quia factum redhibendi bis fieri non potest. Quod autem æstimatoria dicitur Redhibitoriam continere*, d. l. 25. §. 1. *vult dicere, illam hanc non absumere, ut paulo* superius *probatum, aut si hoc nolit Thomasius, dicat, utrumvis nomen utramque compendio actionem complecti.*

N. ADDIT.

Vides, litem saltem esse de usu vocis redhibitoriæ actionis. Nam in decisione quæstionis convenimus. Pro mea sententia contra Autorem id urgeri potest, si actioni redhibitoriæ, de qua in l. 1. h. t. *infuisset actio quanti minoris, quid opus fuisset*

fuisset edicto peculiari, in quo hæ duæ secernuntur? in l. 38. eod. *Regula illa, cui licet id, quod majus est, licet etiam minus, procedit in rebus ejusdem subordinationis. Quæ hic non sunt. Redhibitoria rescindit totum negotium, actio quanti minoris mulctat saltem venditorem, qui sæpe mallet rem redhiberi, quam eam alteri relinquere restituto excessu pretii. Quæ Autor monet circa* l. 25. §. 1. *ad ea jam exceptum fuit in nota præcedente.*

9. Heredi & in heredem has actiones, ut omnes e contractu, dubium non est dari, *l. 48. §. 5. h. t.* Sed hoc est singulare, quod ad Redhibendum, non nisi omnes pariter emptoris heredes agere possunt; ad pretium, & ad cætera quæ dividi queunt, singuli pro partibus agunt, *l. 31. §. 5. & 6. h.* Venditoris tamen heredes pro partibus hereditariis tenentur ad recipiendam redhibitionem, ut etiam ipsi venditores, si quidem plures neque correi constituti sint, *d. l. 31. §. 12.* salvo eo, quod diximus ex *l. 44. §. 1. h. t.* posse actionem adversus eum, qui ex parte majori emptor est, institui. Postremo sciendum, Ædilitias actiones cessare in *simplariis* venditionibus *l. 48. §. ult. h.* de quibus *simpla* duntaxat evictionis nomine promittitur, & de quibus duplam stipulari, ut communiter fit, non est operæ pretium, *l. 56. in pr. de Evict.* adeoque in vilioribus cessat Ædilis, & ex empto agendum, *l. 4. pr. h. t.* Idem erit in vitiis levioribus, *l. 4. §. ult. l. 11. & sqq.* Præterea cessat Ædilis in venditionibus a fisco factis, *l. 1. §. 3. h.* Cessat idem in rebus donatis, *l. 62. h. t.* Denique in locatione visum est sufficere Locati actionem, & Ædilium de illa tacet Edictum, *l. 3.*

10. Altero Ædilium Edicto, aut secundo ejusdem membro, cautum est ita; Si quis noxium animal juxta viam publicam habuerit, solutum aut non satis arcte ligatum, idque damnum dederit, de cæde hominis liberi est pœna 200. aureorum, de læsione ejusdem arbitraria mulcta, de aliis damnis pœna dupli, *l. 40. & seqq. h. t.* Moribus hodiernis, arbitraria mulcta forte an semper obtinebit; nisi pro homine libero occiso danda sit actio in dimidiam hominis æstimationem; quæ est integra 300. florenorum *aureorum* qui dicuntur, *jure nostro;* secundum quod ex commisso pecudum solvitur dimidium ejus, quod ex hominis facto debetur, *2. Stat. Fris. 3. art. 4.* De concursu hujus Actionis cum Quadrupedaria, dictum est ad *tit. I. Si quadrup. paup. in fine.*

TIT. II.

De Evictione & duplæ stipulatione.

I. Species & summa Tituli. II. Origo & usus stipulationis duplæ an & hodie supersit. III. Agi de Evictione in omnibus onerosis Contractibus. IV. Secus in lucrativis. V. An in dote valeat. VI. Si pars vel accessio rei evicta sit, ex empto, non de evictione agi. VII. Quid juris sit in causa servitutis celatæ. VIII. IX. Quid si res plures simul sint venditæ. X. Si conditiones de venditione male exprimantur, quid juris. XI. Quæ vis sit clausulæ generalis, rem vendi, cum juribus oneribusque ad eam spectantibus. XII. Quatenus Evictionis necessitas Pactis mutetur. XIII. Quo sensu in solidum plures ex evictione teneantur. XIV. Denunciationem non ob actionem empti, sed ob evictionem esse faciendam, & quo tempore. XV. Fines denunciationis, eamque faciendam esse, licet emptor litis motæ non sit ignarus. XVI. Nec omittendam esse, licet causa evictionis manifesta. XVII. Finis & effectus denunciationis; nec invitum venditorem intervenire cogi. XVIII. Nisi promiserit expresse vel tacite, ubi formulæ tacitæ promissionis. XIX. Defensionem sive interventionem in judicio non promissam, exigi non posse, nisi pretio nec dum soluto, immineat periculum. XX. In quo foro fiat lis super evictione. XXI. Casus, quibus hæc actio cessat. 1. in pignore. XXII. 2. Ex scientia Emptoris. XXIII. 3. Ex culpa ejus. XXIV. 4. Ex casu fortuito.

AD explicandam Emptionem venditionem pertinet inprimis post Ædilitium Edictum titulus de *Evictionibus*, cujus admodum frequens usus olim hodieque, recipit hanc ab initio monendam diversitatem: Quod nunc ab Empti actione, quæ datur in id quod interest, vix ullo discrimine, præterquam uno sat notabili, Denunciationis, ut videbimus, separetur. Quo minus tamen apud Rubricam de Emptione venditione *hujus tituli* argumentum occuparemus, fecit methodi, quam Cæsar nobis præivit, religio. Quid sit *Evincere*, compositio vocabuli sponte probat; nihil aliud quam vincendo, scilicet non vi, sed per judicium, rem auferre, *l. 22.*

§. ult. h. Species facti in actione hujus loci, talis est: Qui rem emit a non domino, quem dominum esse putabat, ab alio seu domino vero seu jus aliud in rem venditam habente, vocatus est in jus, ejusmodi edita actione, per quam res ab ipso avocari queat, sive rei vindicatio, seu pignoris, ususfructus, emphyteuseos, vel fideicommissi persecutio, vel quælibet alia sit actio, per quam emptor possessionem sit amissurus, *l. 16. & l. 34. §. 1. & pass. h. t.* Tunc emptor facere debet, ut venditori denunciet, sibi litem moveri, quo adsistat & periculum litis ad se pertinere sciat; secundum quæ, secuta condemnatione, venditor olim in duplum, hodie in id quod interest tenetur; atque hæc est summaria hujus capitis ὑποτύπωσις, cujus exegesin, ordine quasi historico, quo nullus facilior, prosequemur.

2. Moris erat in foro Romano, ut Emptores in causam evictionis futuræ ac incertæ a venditore juxta conventionem de emendo vendendo, stipularentur *duplum: aut vel hoc, vel id quod interest*, in quo ex natura contractus, actionis Empti materia consistit, peteretur, si quidem res evicta fuisset; quam alternativam agendi facultatem tradit *l. 25. C. h. t.* concursus enim, ut *ibi*, est electivus. Nec multum erraverit, qui duplum, quod stipulabantur, ejus quod interest vice functum fuisse arbitretur; quatenus in casibus certis, cujusmodi emptio venditio est, id quod interest duplum excedere non potest, ut definitum est in *l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod inter. fer.* Nec adeo dubium videtur, quin Emptores ad evitandam ejus quod interest obscuram probationem, stipulationes dupli venditionibus adjicere soliti fuerint, sicut alias huic scopo stipulationes pœnales inserviisse, constat ex *§. ult. Inst. de V. O.* Nec aliunde petenda ratio, cur, si emptor per errorem minus duplo fuerit stipulatus, venditorem ad id, quod deest, supplendum compellere possit, *l. 37. §. ult. h.* quanquam & ab initio venditor ad duplæ stipulationem cogi possit, *l. 31. §. quia adsidua. 20. de Ædil. ed.* ubi ratio, quæ redditur, id quod diximus affirmat. *Etenim*, inquit Ulp. *ea, quæ sunt moris & consuetudinis, in b. f. judiciis debent venire.* Si tamen enixe partes operam dederint, ne plus simplo deberetur; quo minus placiti lex illa valeret, nihilo plus obstabat, quam si plus duplo stipulatione complecti voluissent, *l. 56. in pr. & l. 71. in pr. h. t.* modo teneamus, si duplum aut plus fuerit promissum, ejus quod interest, quod duplo continetur, rationem non haberi, *l. 44. de Action. empt. d. l. 25. C. de Eviction.* quo pertinet Scholium Thomasii ad *posit. 4. h.* Denique nec alia ratione factum videtur, ut caput de Evictionibus tam in Codice quam Pandectis ab Empti actione separaretur, quam quod dupli stipulatio quasi pœnalis ab actione rei persecutoria remota videtur. Sed moribus hodiernis, nihil, ut dictum, interest, Evictionis an Empti actionem dicas, quod ad regressum ob rem evictam contra venditorem capiendum attinet; ut tamen minime, quæ in *h. tit.* reperiuntur, idcirco fint otiosa; quippe omnibus ad argumentum actionis Empti apposite pertinentibus; hac tamen differentia, quod in causa Evictionis, *Denunciatio* facienda sit, quæ alioqui ad empti actionem non requiritur. Proinde quicquid a nobis heic de Evictionis actione collocabitur, ad id quod interest emptique actionem referri oportet, non ad dupli petitionem, quæ non est amplius in usu.

SCHOLIUM.

Idem statuunt Brunnemannus, Grænewegen, Regnerus, aliique, quos citat Dn. Schilt. Ex. 34. §. 20. *Quod si indubitatum esset, carere possemus subtilitatibus* posit. 9. & 10. *uti & Brunnem. apud Dn. Schilterum §. 22. judicat. Sed video tamen Magn. Dn. Stryke* in usu moderno Pandectarum ad h. t. *notare Grænewegium*, quod absque ratione afferat stipulationes dupli in usu amplius non esse. Quis enim hodie crederet, tale pactum vitiosum esse, si res mihi evicta fuerit, duplum restitues. Si enim in genere pactum hodie validum, nec hodie quod cum Jure communi incidit, invalidum erit pronunciandum. *Posses forte dissensum hunc tollere, si diceres hodie stipulationes vel pacta de duplo non ita necessarias esse, ut olim,* posit. 3. *& rarissime etiam frequentari; posse tamen iniri, si quis velit, quo casu quid sentiendum sit de usu* posit. 9. *vide eleganter apud Dn. Schilter. §. 23.*

RESPONSIO.

Posse duplum, imo triplum & amplius, si partes, velint, promitti, quis impediat? Sed necessitas legis eam injungentis cessat, quod sufficit, ut jus dupla obsoletum dicatur: Alioqui concedimus etiam, duplæ considerationem non omnino alienam esse a moribus nostris, quatenus adhuc durat regula; id quod interest, ad quod nunc emptor evictionis causa tenetur, duplo terminari, d. l. un. C. de Sentent. quæ pro eo quod inter. prof.

N. ADDIT.

Non opus erat responsione, quia revera Scholium

lium cum Autore censit. Et quis hodie tam stultus foret, ut alteri duplum promitteret, si ad id non est moribus nostris adstrictus. Non est stultus, qui talia ab altero postulat, sed qui ea præstet, is profecto parum sanæ foret mentis. Nescio etiam, an multum profutura sit duplæ consideratio propter adductam ab Autore d. l. un. *quæ non illa phrasi Autoris ambigua utitur* duplo terminari, *(quæ etiam sensum admitteret, quasi Judex teneretur* in duplum condemnare,) *sed, quod Judex saltem non debeat* duplum excedere.

3. Secundum hæc etsi actio de Evictione præcipue ad Emptionem venditionem spectat, ad alios tamen plures contractus æque a Legibus producta est, scilicet quoties rem *oneroso titulo* in alium translatam, a tertio vindicari contigerit. Ergo locum habet in Permutatione, *l. 1. C. de Permut.* Datione in solutum, *l. 4. C. h. t.* idem in divisione rerum communium aut hereditariarum, nisi aliter convenerit, *l. 4. C. Fam. ercisc. l. 66. §. ult. h.* etiam, ut videtur, si Pater divisionem fecerit *l. 77. §. 8. de Legat. 2.* vid. Fachin. *6. controv. 68.* Gail. *2. obs. 14. n. 6.* Mynsinger. *cent. 1. obs. 37.* Etenim si meus debitor rem mihi dederit in solutum, quæ deinde sit evicta: Rursus si uni ex coheredibus cesserit in divisione res non propria defuncti, quam alius deinceps avocat; cum possessor re, quam ex causa nactus erat onerosa, privetur, merito adversus auctores suos, qui se rem tradendo allevarunt, experitur, *arg. d. l. 77. §. 9. de Legat. 2.* Similis ratio militat in Transactione, si quis ut ego a lite desisterem, mihi rem aliam dederit, eamque tertius evicerit; cum titulus, quo rem accepi, causa litis remissa, fuerit onerosus, non est dubium; quin alter in id quod interest teneatur, *arg. d. ll.* Aliud est, si res litigiosa, super qua transactum fuit, deinceps evicta sit a tertio; Etenim hoc damnum ad possessorem, qui sibi, quod temere transegerit, imputandum habet, spectat, *l. 33. fin. C. de Transact.* quæ docet equidem, si, quod datum est, ut alter a lite desisteret, evictum sit, non ideo transactionem infirmari; sed quo minus in id quod intersit agatur, nec ille textus, neque juris ratio negat. Denique, contrarium non est in *l. 96. §. Soror. 2. de Solut.* ubi nomen, quod soror transactionis causa accepit, *ejus periculo* esse dicitur. Hoc enim ab evictione penitus est diversum, ut ex iis, quæ de Actione vendita dudum accepimus, constat. Evincitur nomen, quando is, qui hoc transtulit, non habet jus transferendi, qua causa procul dubio tenetur. Periculum intelligitur, quatenus debitor non est solvendo, & nihil ex nomine provenit; de quo casu qui transtulit non tenetur, ut dictum *in loco.* Vid. Carpzov. *P. 2. C. 34. def. 28.*

4. In lucrativis Contractibus Evictionis rationem & æquitatem cessare, minime dubium est, *l. 18. de O. & A.* Imo si donator bona fide rem alienam in amicum contulisset, durissimum foret, liberalitatis institutum de evictione damnosum fieri scilicet doli vel promissionis casu excepto, ut ratio manifesta docet & *l. 2. C. h.* Nec aliud obtinet in legato, quod si alienum esse compertum fuerit, heres tamen id, quod legatum est dando, liberatur, *d. l. 77. §. 8.* nisi cum testator rem in genere legasset, heres certam speciem legatario tradidisset; tunc enim ex suo facto præstare teneretur, ut legatario rem traditam habere, retinere liceret, quod est ad evictionem præstandam obligari, *l. 45. §. 1. de Leg. 2. l. 29. §. 3. de Leg. 3.*

5. De dotis datione quid juris sit, ratio dubium facit, quia dos est datio benefica, Δώς ἀγαθή, *dos donatio bona;* rursus est onerosa, quia datur ad sustinenda onera matrimonii, *l. 56. §. 1. de Jur. dot.* sed Lex ita definit: Non tenetur evictionis nomine, qui dotem dedit, nisi *pollicitatio vel promissio fuerit interposita, l. 1. C. de jur. dot.* Cujus rei, Dotis dandæ, an evictionis causa? Hæc proposito magis convenire videbatur, sed promissionem dotis præviam intelligunt Gl. & interpr. Dote igitur absque promissione data, si quidem res æstimata fuerit, ex empto competit actio; non de evictione, ut Brunnem. *ad. d. l. 1.* Nulla datur actio, si res fuerit inæstimata, dolo tamen, ut consentaneum est, haud impunito, *d. l. 1.* Quinimo (est oppositio) quando dos æstimata evicta est, si bona fide res sint datæ, nulla est actio, quæ viro competat, *l. 69. §. cum res. 7. ff. de Jur. dot.* Responde, nullam evictionis actionem dari, ex empto tamen actionem, vel exceptionem non negari, *d. l. 1.* quæ res arguit, quam male Brunnem. ad *d. l. 1.* actionem ex empto, & evictionis causa confundat. Sed nec a juris ratione fuerit alienum, dicere, si dos necessaria sit, sive æstimata sive inæstimata, teneri de evictione, qui coactus dare dotem, dedit rem alienam, *arg. l. 19. de O. & A.* etiam hoc argumento; quod, si pollicitatio dotis prævia, dantem facit obnoxium evictioni, necessitas dandi non minus efficax hac parte quam promissio, quæ necessi-

tatem infert, esse debeat. Quod autem Brunnemannus idem ex Carpzovio *P. 2. Const. 34. def. 23.* tradit, donatorem quoque, si prævia pollicitatione donaverit, ad actionem teneri, merito displicet Bronchorstio *3. adsert. misc. 70.* Nam lex *2. C. h. t.* donatorem non aliter ad evictionem obstringit, quam si nominatim Evictio promissa sit, nec usquam aliter. Argum. vero a dote ad donationem non procedere, ex his, quæ *th. 4. & 5.* diximus, eximie liquet. Multo minus id probant *l. 18. §. ultim. de donat.* aut Lex *29. §. 3. de Legat. 3.*

6. Quid si non tota res, verum pars ejus evincatur? Actionem evictionis causa dari, scriptum est in *l. 1. & l. 45. h.* modo pars non sit modica; & heterogenea, veluti si nave vel domo vendita, tabulæ quædam aut cæmenta evincantur, *l. 36. h.* neque Fructibus rei venditæ evictis datur actio de Evictione, veluti si vacca vendita vitulus post emptionem natus evincatur, *l. 4. §. 3.* Sed usufructu rei venditæ evicto, plane meritoque actio evictionis datur ordinaria, *l. 46. pr. h. t.* Proinde, si tertius in rem venditam jus Emphyteuseos sibi competere probet, idem juris erit haud dubie, quia per has actiones ipsam rem avocari palam est, quod & de jure pignoris antea dictum, & habetur in *l. 34. §. ult. & seq. h.* Sed enim ex omnibus illis caussis, quibus negatur evictionis actio, dubium non est, quin ex empto inæqualitatis corrigendæ gratia, *quæ hodie est unica*, recte agatur; si modo res ejusmodi sit, ut emptor secundum Legem contractus inde teneatur. Ita si sterquilinium in fundo vendito sit evictum, de evictione quidem plane non potest agi, ex empto potest, si sterquilinium agri nutriendi, non si commercii causa habeatur, *l. 7. §. 2. de Action. empt.* ac ita servatum judicatumque a Curia nostra in causa *Bocacii Aggæi contra Diviam Friderici d. 15. Jul. 1645.* Domuncula seu cavea suibus & ovibus continendis, si mobilis sit, non debetur emptori fundi, licet affixa domui, quoniam adfixio illa facta non est, ut pars domus fiat, sed ut firmius consistat. Ideo si evincatur, nec de evictione, neque ex empto agi potest, ut *eodem tempore inter easdem partes* judicatum.

7. Similis est de servitutibus quæstio; Si fundus sit venditus absque mentione servitutum, deinceps inventis in agro servitutibus, an ex empto in id quod interest agi possit? nam de evictione agi non posse, non dubitatur. Imo ne ex empto quidem agi posse videtur ex *l. pen. h.* ubi tum demum, si ut *optimus maximusque* fundus sit traditus, venditorem teneri, respondet Venulejus. Nostro sermonis usu vix est, quo hanc formulam exprimamus: æquipollens erit, si dictum sit, *Vry van lasten en servituten*, ut fit, *d. l. pen. & l. 35. de Act. Empti.* Hæc ita quod attinet ad Evictionem & actionem in id quod interest. Sed actio Quanti minoris ex Ædilitio Edicto videtur etiam, ubi nihil est dictum, competere de servitutibus, ut ad *præcedentem tit. ex l. 61. ibid.* intelleximus, scilicet, nisi sciverit emptor, vel palam fuerit, eam fuisse pridem impositam, *d. l. 61.*

8. Postremo, ad rei evictæ considerationem pertinet, quod ubi plures pariter unoque instrumento res sunt venditæ, de singulis actio detur, *l. 72. h.* quod de actione Empti, si refert, eodem modo traditur in *l. 33. de Act. empt.* nec a parte hærendum, quin si duas res simul emero, quarum altera valet pretium solutum, si tamen alteram evinci contingat, evictionis actionem dari constet, *l. 47. h.* quippe si bene sit emptum, nihil est, cur hoc lucrum emptori decedere venditorique prodesse debeat, ad evitandam præstationem ipsi incumbentem. Adde Wissenbach. *h. th. ult.*

9. Quando igitur ex eventu apparet, rem venditam aliamve titulo oneroso translatam, esse gravatam hypotheca, usufructu, fideicommisso, aliove insigni defectu laborantem, datur actio vel ex Evictione, vel, inquam, ex Empto, cui periculo venditor evitando curare debet, ut omnia rerum onera conditionesque diligenter exprimat: Solet hoc autem in privatis emptionibus aliter ac in publicis fieri, (scil. *publicas* vocamus, quæ palam sunt proscriptæ, licet res sint privatorum.) In privatis conditiones coram testibus aut scriptura comprehenduntur, in quibus si quid ambigui sit, accipitur id, quod venditori nocet, *l. 33. de Cont. Empt.* In publicis venditionibus bifariam fit expressio conditionum: Primo in programmate, quo venditio futura significatur. Rursus apud ipsam venditionem, quando conditiones palam prælegunturˌ De his fuit quæsitum; Si in publica tabula conditiones quædam onerosæ sint dissimulatæ vel male positæ, de quibus in secunda promulgatione conditionum edixerit venditor, si quid ejusmodi subesset discrepantiæ, de illo se obligatum non fore; Quæritur, inquam, si emptor proscriptione

ne

ne publica deceptus, animo ad secundam promulgationem non adhibito, læsus sit, cum venditor ex prima declaratione teneatur, an per secundam liberetur. Responsio est, si quidem venditor sciens prudensque onera prius dissimulaverit, hactenus eum, non obstante posteriore stipulatione, emptori in id quod interest, ob dolum teneri. Tu dices; Emptor ad ultimam promulgationem attendere debuit, in ultimas conditiones itum est a partibus, ut emptor ea ratione deceptum se queri non possit. Enimvero si diserte consenserit in ultimas conditiones, nihil habet exceptionis: sed in illa facti specie nullus adhuc tempore promulgationis emptor fuit; & prælectiones conditionum in concursu hominum ad ejusmodi publicas venditiones, plerumque tam celeriter & tumultuarie fiunt, ut pauci ad illas animum advertere queant. Hæc etsi moris hodierni sit observatio, non modo tamen ex analogia, sed etiam e textu juris expresso proficiscitur, *l. 13. §. Idem Julianus. 6. de Act. empt.* secundum quam judicatum est apud Sandium 3. 4. 5. Si vero dolus absit, non est æquum, venditorem in id quod interest teneri, ob errorem primæ professionis. Sed de Quanti minoris actione danda quid videtur? Hac de re in tali specie apud exedram consultoriam actum memini: Venditor in tabula publice dixerat, agrum esse jugerum sexaginta, tributo satis gravi, tot *florenorum*, oneratum: sed apud actum venditionis edixerat, si minus jugerum & tantundem oneris esset repertum, se ratione proportionis disparatæ nolle teneri. Venditione facta & prædio addicto pro *tali pretio* in singula jugera, repertus est ager jugerum 54. duntaxat, eodem onere tributi. Emptor petebat id quod intererat sua, vel quanti minoris essent singula jugera de numero 54. gravata tali tributo, quam essent singula jugera de 60. jugeribus, pari quantitate tributi. Venditor ex veteribus instrumentis probabat, olim istum agrum fuisse jugerum 60. sed compertum fuit, antecessorem proximum sex inde jugera vendidisse, quod se venditor heres recens, ignorasse declarabat, idque erat probabile. Ab eo quod interest igitur omni, merito absolvebatur; sed Quanti minoris etiam ignorantes tenentur, *l. 13. in pr. de Action. empt.* putavimus tamen, heic ne quanti minoris quidem agendum, propter ultimam stipulationem publice prælectam, quæ etsi non liberet a dolo malo, per *d. l. 13. §. 6.* a pœna tamen sine doli conscientia liberare videtur, quia Lex nihil quam dolum heic notat, eumque requirit, ut actio ex empto in illa specie detur, *d. §. 6.*

10. Huc quoque referendum, quod venditores ut plurimum addere solent venditionibus clausulam generalem; se rem vendere cum *juribus*, *commodis ac servitutibus ad eam rem spectantibus.* Ejusmodi clausulam, quæ in stylum complementi Notarialis abiit, non posse venditorem tueri a præstationibus rerum, quibus ex natura contractus teneatur, nec ideo his verbis ullam inesse vim majorem, quam venditor habeat, si onus celatum sit, dicendum videtur. Nam quæ *tacite* sequuntur, ea celata non præstant in id quod interest actionem, quasi ex evictione, *l. pen. de Evict.* sed quanti minoris actio datur indistincte ex reticentia, sive nihil dictum, sive ejusmodi clausula generalis subjecta sit, *l. 1. §. 2. de Ædil. E.* Idem juris esse, quando ejusmodi clausula, cum respectu ad servitutes adjecta est, ex supra dictis *n. 7.* intelligi potest. Plane talia, quorum Emptor non nisi supina negligentia ignarus esse poterat; ejusmodi clausula continentur, haud ita in ceteris, quæ communiter inesse non solent, & notabile præferunt gravamen, quemadmodum si fundo vendito, cum generali ista clausula, dein compertum sit, decem aureorum redituum annuum ei esse impositum, teneri venditorem in id quod interest eo nomine, merito judicatum esse, Nauta noster, ut *habent excerpta mea*, sine historia facti, memoriæ prodidit. Non abludit hinc sequens facti species, de quo disputatum apud Curiam. Prædium rusticum erat venditum, id est *complexio agrorum, qui pariter omnes ad unam villam spectant, cui domus*, ut solet, *ad coloni habitationem erat imposita.* Non erat in conditionibus expressum, an superficies illa sive domus rustica, simul venderetur, nec an fundus illa superficie gravatus esset, sed clausula modo dicta generalis aderat. Colonus venditione facta, petebat ab Emptore pretium sive taxationem ædificii; Emptor ad venditorem reversus, Tu hoc gravamen superficiei, (quod est maximum & agri quandoque pretium æquat,) inter onera non posuisti, inquit; idcirco teneris ad hoc præstandum. Ille vero; Vendidi tibi fundum tot jugerum, cui superficies cedebat ut accessio. Superficiem agro esse impositam probe scivisti, taxationem ejus esse onus agris impositum, noveras & norunt omnes: hoc igitur sub generali clausula comprehensum intelligi debuit. Contra emptor urgere, tam

tam enorme gravamen specialiter exprimendum fuisse, ut exprimi solet inter conditiones, *sint ne agri superficie gravati*, vel, an superficies accessura sit *in de koop versmolten*, ut vulgo; Denique: Emptori non constitisse, utrius superficies fuisset, venditoris an coloni: Ergo se de eo non posse, venditores debere teneri. Quod ita visum est Senatui, secundum ea, quæ prædicta sunt, & quia in dubio, conditionum ambiguitas contra venditorem explicatur, *l. 39. de Pactis*. In *causa Viri Amplissimi A. H.* contra *Petrum Schotanum Consulem Franequeranum, in qual. d. XX. Oct. 1650.*

11. Porro evictionis actio tam est necessaria, ut tametsi promissa non sit, a Venditore nihilominus præstanda sit; imo, ut olim, ad duplam, si per errorem facta fuisset simplaria promissio, compelli poterat, ut supra ex *l. 31. §. 20. de Ædil. Ed.* hodie saltem in id quod intersit, actione ex empto, *l. 6. C. h. t.* Etsi autem, cum illa sit Prætoria stipulatio, fidejussore confirmanda videbatur, *arg. l. 7. de Prat. stipul.* nusquam tamen plus stipulatione, quod putem, requiritur; nisi periculum evictionis evidens immineat, tunc enim satisdatio respectu ejus periculi exercetur, in *l. 24. C. h. t.* quod tamen nulla ratio ad omnes casus improvisos extendi permittit, ut multi volunt, merito a Curia nostra apud Sandium improbari, *l. 3. tit. 4. def. 9.* Quid si pactus sit venditor, ne de evictione teneatur? Ad pretium tamen restituendum tenetur, quia bona fides non patitur, ut emptor & rem & pretium amittat, *l. 11. §. ult. de Act. empt.* unde e contra, bene pacisceretur, ut ad pretium duntaxat teneatur, non ad id quod interest prætcrea, *l. 29.* verb. *si aliud non placuit. C. h. t.* Faber 4. *Cod. tit. 33. def. 12.* Consequenter, si placuerit, ut non obstante protestatione vel intercessione quacunque, teneatur emptor ad solvendum, non potest tamen ad numerandum cogi, sine cautione sufficiente, propter imminens evictionis periculum, *arg. d. l. 11. §. ult.* ut apud Curiam nostram judicatum refert Sandius *d. tit. 4. def. 10.* ubi id ampliatur, etsi Emptor inde ab initio sciverit evictionis periculum; Quanquam enim solutum pretium a sciente repeti nequeat, *l. 27. C. de Evi-ction.* facilius tamen possidenti damus exceptionem, quam re amissa repetitionem, Cujac. *18. obs. 10.* Facilius quam prædictis casibus postulari potest cautio ab eo, qui promisit, se pretium ob periculum evictionis non esse *consignaturum*, quod frequenter conditionibus publicarum venditionum inseritur. Valet equidem pactum, ut pretium consignare nequeat, etsi periculum sit in conspectu, ut Curia judicavit inter partes nobiles, *ante ferias Pentecost. 1650.* salva tamen cautione, *de qua dictum.* Quid autem si cautio non præstetur? Emptor sine debita securitate solvere non cogitur; ideoque rem in consignationem desinere oporteret. Denique, si plane constet, rem esse alienam, ante solutum pretium, verius est, emptorem non cogi ad solvendum, etsi cautio in eventum evictionis offeratur, quia quod res aliena vendi posse dicitur, respectu venditoris, qui ad tradendum & cavendum tenetur, accipiendum est, non ut emptor rem manifesto alienam recipere cogatur, ut recte Tulden. *ad tit. C. de Act. empt. n. 3.* quod de re alii oppignorata dicendum non est, ut monet Faber *d. def. 12.* Adde Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 31. 32. 37.*

12. Memorabilis est proprietas Evictionis, quod ad ejus observationem plures venditores aut heredes in solidum teneantur, & rursus, unicuique pro parte hereditaria præstatio incumbat, *l. 85. §. 5. & l. 139. de V. O.* quæ res pene contradictoria, videndum, an hoc modo explicari possit. Defensio cum sit factum, dividi non potest, ideoque singuli ad illam in solidum tenentur, singulisque ita in solidum fit denunciatio, cui si unus se subducat, omnes defugisse videntur, & tamen quando ventum est ad præstandum id quod interest, non nisi pro partibus singuli tenentur, *d. d. ll.* Qua in re igitur consistit exitus hujus obligationis in solidum? Si enim quisque pro parte sua solvendo id, quod interest, in quod desinit evictionis actio, defungi potest, quem effectum habet, quod in solidum singuli tenentur? Dicendum videtur, si cunctis venditoribus aut heredibus sit denunciatum, & si quidam absfuerint, alii non venerint, nihilominus *esse denunciatum*, ut omnes de re evicta in id quod interest teneantur. Præterea, quando usus deficit non solvendo, reliqui pro illo solvere debent, servatis tamen inter se portionibus hereditariis, pro quibus etiam in id quod interest sunt conveniendi, quæ videtur esse mens verborum *d. l. 139. in fine. Sed cum uno defugiente, omnes defugisse videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria præstatio incumbit.* Atque hoc intellectu si petatur a pluribus, ut evictionis ergo singuli caveant in solidum, non habent recusandi causam, ut Gailius in Camera judicatum refert in *lib. 2. obs. 14. pr.* Aliter circa eandem quæstionem judicatum est a Curia nostra apud *Nautam*, in hujusmodi causa.

Ven-

Venditor creditori suo dederat cessionem in partem pretii, quod eum is ab Emptore peteret, hic sibi a creditore caveri petebat in solidum. At is pro parte sua cautionem in causam evictionis offerebat, & judicatum est, sufficere oblationem cautionis pro portione pecuniæ, quæ illi de pretio cessa fuerat, in causa *Nembt Jelles*, contra *Goslik Heerma, d. 15. April. 1636.* Cujus judicati, Cameræ Spirensi in speciem contrarii, hæc ratio esse videtur eaque optima, quod Creditor originaliter ad defendendum non teneatur, sed venditor, dum ille nihil ex cessione quam jus petendi partem pretii consequitur; Quod antequam percipiat, emptori cavere debet, eum securè soluturum. Atqui restitutio pretii & ejus quod interest, divisionem recipit *per ipsos textus laudatos.* Ad factum defensionis creditor in se recipiendum non tenetur, sed venditori denunciandum est, cujus obligatio dividi non posse dicitur in *ll. prædictis.* Supponendum autem, utili actione per cessionarium eo casu actum fuisse, per ea, quæ diximus *Part. II. pag. 667. n. 2.*

13. Habuimus causas & naturam Evictionis; sequitur modus actionem ejus instituendi ejusdemque actionis effectus. Ad modum pertinet *Denunciatio* cum suis sequelis, ‡ *l. 23. C. h. t.* quo respectu, fatendum & jam dictum est, *moribus hodiernis* adhuc superesse notabile discrimen inter actionem Evictionis & alteram ex Empto; nam ad hujus effectum denunciatio nusquam requiritur; Evictionis actio, si nulla denunciatio litis ab alio motæ præcesserit, nulla datur adversus venditorem; quæ res facit, ut pleraque *superius* de usu utriusque actionis distincto collocata, etiamnum observanda sint, nec ignorare liceat, quando simpliciter Empti, quando de Evictione sit agendum. Quam primum igitur Emptoribus eorumve heredibus actio movetur, per quam res vendita vel pars ejus notabilis avocari queat, Emptor venditori vel ejus heredibus denunciare debet, sibi litem esse motam, & commonefacere, ut ipse liti adsistat, *l. 29. §. fin. h. l. 23. C. eod.* De hac denunciatione primo quæritur, quo tempore sit facienda? Diximus, quam primum eam fieri debere, & quidem ante litem contestatam id satagendum docet Labeo *l. 29. §. pen. de Leg. 3.* ubi, *prius quam judicium accipiatur*, quibus verbis designari litis contestationem, non est dubium, *l. 30. de Judic.* Brisson. *de V. S. voce Judicium.* Postea tamen usu receptum videtur, ut denunciatio quovis tempore facta valeat, dum tamen ne prope ipsam condemnationem fiat, *l. 29. §. ult. h.* Textibus hisce conciliandis, quidam adhibent distinctionem inter causam onerosam & lucrativam; Alii, Exceptionem esse in legatis; Alii, verba *judicium accipiatur* significare tempus sententiæ, ut videre licet apud Wissenbach. *h. tb. 20.* Nobis id, quod dictum, simplicius videtur, requisitum denunciationis esse, ut in principio litis fiat, cum alias venditor, cujus res agitur, judicio rite suoque commodo adsistere nequeat, *d. l. 29. §. pen.* Habere tamen hoc præceptum civile laxamentum, ut ne statim nulla sit denunciatio, * si post litem contestatam fiat; modo justum de-

‡ Litis denunciatio in possessorio summarissimo, & mandato rei illicitæ, locum non habet; in aliis causis octo saltim diebus terminum præfixum antecedere debet, rationibus a denunciante adjectis, quo facto judex ex officio alium terminum Saxonicum constituet, præter partes, litis denunciatum, additis libelli & litis denunciationis copiis, etiam sub pœna *Tit. 1. O. P. S. E. I. & E.* injuncta, citari curabit; litis denunciato non comparente, pœnam exiget, & super litis denunciatione, ut juris, pronunciabit; litis denunciatum comparentem, sed in causa principali denunciato se jungere nolentem, non coget, ubi tamen expresse ad hoc se obligavit, causa finita litem denuncianti etiam victori, impensas a denunciato restitui jubebit; invito actore litis denunciantem e judicio & lite haud dimittet, huic tamen litis denunciatus, vel compulsorialibus & requisitorialibus decenter a denunciante impetratis, omnia atque singula documenta, ad litem principalem adjuvandam idonea, cedet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 14. §. 1.* Reus litem legitime & modo memorata ratione non denuncians, in progressu litis ea amplius uti nequit, nec denunciandus seu auctor de evictione eidem tenetur; nisi clare pateat, auctori exceptiones aut adminicula fuisse nulla in manifesta causæ injustitia, quo casu, si in ipso procedendi modo a reo nihil peccatum est, hic eum, a quo rem habet, ad evictionem præstandam adigere, nihil impeditur. Litis etiam denunciatus, si rite facta denunciatione exceptiones suas denuncianti non suppeditavit, illis adversus hunc evictionis præstationem postulantem uti, penitus prohibetur, *d. Tit. §. 2.*

* Et ita etiam placuit Legislatori Saxonico, es werde gleich vor oder nach der Litis-contestation gesuchet. *O. P. S. tit. 14. §. 1.*

sen-

fensionis spatium venditori non subtrahatur, *d. l. 29. §. ult. b. t.*

14. Denunciationis venditori faciendæ scopus, non unus est. I. Ut venditor litis motæ certior fiat, idque est *laudare* venditorem, *l. 63. §. 1. b.* II. Scopus est, ut venditor adsistere possit liti; *venditore præsente* judicetur, *d. l. 63. §. 1.* Alibi, auctoris heredibus *adsistere negotio denuncia*, *l. 23. C. b. t.* Idem, ut *de re agenda adsit, l. 2. §. ult. b. t.* III. Ut Venditor Emptorem instruat, *l. 53. §. 1.* IV. Quartus scopus est, ut venditor emptorem defendat, *l. 49. in pr. de Jud. l. 75. de Procurat.* V. Quintus finis est, ut Emptor animum suum capiendi regressum contra venditorem, testetur, quod ex iisdem textibus omnique *bujus tituli argumento* elucet. Ex his rationibus apparet, esse verissimum, quod satis frequenter ab interpretibus traditum est, venditori quanquam litis motæ gnaro, nihilominus esse denunciandum, ut adsistat liti, ut instruat emptorem, eumque defendat, *l. 56. §. 2. b. t.* Fachinæ. *2. controv. 35.* Perez. *ad tit. C. b. t. n. 28.* Wissenbach. *ad b. t. n. 19.* In fidejussore, qui pro Evictione spopondit, exprimitur, *etsi jam ignoraverit, in l. 7. C. b. t.* de venditore ubique leges indistincte loquuntur. Atque ex his facile potest responderi ad *l. 11. §. 12. in fin. de Act. empt. l. 31. de R. J. in 6. ubi; qui certus est, non debet certiorari &c.*

15. Imo nec temere Bachovius *notis* ad Wesenb. *b. t. n. 5.* vix putat admittendam limitationem, quam alii suggerunt: *Nisi causa notorie injusta & desperata fuerit.* Superiores enim rationes eam vix admittunt, si modo termini habiles litis adsint.

SCHOLIUM.

Priores eam admittunt, non tamen quinta, quam Autor in eo consistere dixit, ut emptor animum suum testetur capiendi regressum adversus venditorem. Sed quod hanc rationem concernit, desidero textum. Et satis testatus est animum suum capiendi regressum emptor in stipulando de evictione, juri autem exinde quæsito non potest colligi renunciasse, per omissam denunciationem; renunciationes siquidem sunt stricti juris. Placet igitur potius dissentientium opinio, quos inter est ipse Wissenb. d. l. arg. l. 11. §. 12. de Act. empt. Adde *Carpz.* Proc. tit. 4. art. 4. n. 32. & 38.

RESPONSIO.

Textum in eam rem non desideret, qui legit, ubique Emptorem id agere denunciando, ut indemnis a Venditore & ejus sponsore præstetur, l. 27. & l. 23. C. h. t. *Iidem cæterique Textus omnes dant actionem de Evictione post denunciationem, nunquam aliter. Qui omisit antecedens necessarium, consequens adipisci qui possit? Denique ad formam negotii pertinet Denunciatio, qua neglecta, effectum ejus cessare oportet. Textus absolute loquuntur, si denunciatum non sit, nulla est evictionis actio, sine ulla limitatione*, l. 8. & l. 20. C. h. t. *quam proinde nobis adjungere non licet. Generalis intentio, quam in Evictione stipulanda testatus est Emptor, ut Thomasius arguit, in bypothesi casuque speciali sufficere non potest. Videtur litem suam fecisse, qui rem alieni periculi ad se solum adeo pertinere voluit, ut ne certiorem quidem eum, ad quem maxime spectabat, faciendum putaverit.*

N. ADDIT.

Hic mutat Autor scenam, &, cum assertionem suam antea ex rationibus legum probare voluisset, iis a nobis partim rejectis partim dubias esse probatis, cum textum pro salvanda ratione afferre non posset; jam ad verba legis generalia, omissis rationibus provocat. Quibus nihil aliud repono, quam, Jurisprudentiam nostram esse rationalem, & scire leges, non esse verba earum nosse & brocardico absurdo Glossæ:

Quod lex non cantat, nec nos cantare debemus. adhærere, sed vim earum & potestatem ex ratione potissimum hauriendum intelligere. Est ergo petitio principii, quod in hoc casu emptor videatur rem sui periculi fecisse. Denique quod in sequentibus ab Autore additur : Male consulitur tam præpostera disceptatione, suo in tempore & in loco amissa, *id minime persuadebit. Non est dicenda præpostera disceptatio alieno tempore & loco facta, ubi jam agitur de obligatione venditoris. Hic Rhodus est, & adeo locus & tempus conveniens, ubi saltandum sit.*

Accedit hæc ratio, quod etsi res liquida videatur, nemo tamen defensionibus suis præcludendus, nec quisquam inauditus sit condemnandus, quod fieret, si re non defensa, venditor ad præstandum teneretur. Tu dices, Audietur, si ab emptore conventus rationes habeat, propter quas potuisset non condemnari. Sed male consulitur tam præpostera disceptatione, suo in tempore & in loco omissa; Juri convenientius & expeditius est, una lite defungi; neglecta denunciatione, non quærere de meritis causæ, Jura vigilantibus scripta censere. Sane quoties ab Emptoribus actio mota est, adversus auctores suos, vel eos qui rece-

receperant se præstituros, *ut solutio facta bene verteret*, nunquam hanc distinctionem, qualis causa fuerit, adhibitam vidi, sed quotiens Lis fuerat & omissa denunciatio esset, regressum non dari ita existimatum est, ut non meminerim, inter partes vel inter judices ea de re contradictorie disceptatum esse; omnes pro certo habere visi sunt, denunciatione nulla existente, fundamentum, initiumque Evictionis deficere. Nec temere dixeris, si denunciationis præscriptum a judicum arbitrio suspendas, ita ut illa, quoties causa manifesto iniqua judicetur, non sit opus, ejus observantiam valde fluctuaturam, nec amplius legis, sed quasi Judicis arbitrarium fore requisitum. Hæc ita, inquam, quotiescumque litis materia fuit; Nam si inde ab initio res sit in terminis *Notorietatis*, ut sic loquar, evidentia indubitabili, confessione venditoris, aut re prius judicata, ut nulla species litis appareat, non negem, possessori rem suo domino sine lite vel denunciatione, licet hæc omnino sit tutior, restituere licere, per *l. 31. §. 1. Deposit.* Costal. ad *l. dictum. 56. h. t.* quo modo si dissentientes causam *notorie injustam & desperatam* intelligant, per me nullus remaneat dissensus.

17. Ex iisdem denunciationis finibus intelligitur, quid denunciatio continere debeat; 1. Significationem litis, quæ a quo moveatur. 2. Postulationem, ut venditor adsit & adsistat liti. 3. Petitionem, ut Venditor emptorem instruat. 4. Ut eum defendat. 5. Testationem emptoris sive expressam, sive implicitam, capiendi regressum contra venditorem, si res evincatur, qua gratia denunciationem unice in eventu institui constat. Quo autem hoc effectu denuncians potiatur, receptum est, ut venditori, juxta denunciationem, præfigat diem, quo in jus veniat, ut videat denunciantem de effectu denunciationis suæ protestari, & si quid habeat, quo minus denunciatio valere debeat, id proferat, super quo, si opus, judicio disceptetur. In jus quidem vocatio in Legibus eo fine prodita non legitur, cum nihil in iis, quam denunciatio memoretur; unde pupillis, etiam solis, facta valet, *l. 56. §. ult. h.* quod ab in jus vocatione alienissimum, *l. 22. pr. de In jus voc.* Verum tamen optime subservit ei, quod ex legibus antea comprobatum est. Vulgo autem in Foro, non modo protestantur de effectu denunciationis, sed etiam petunt venditorem condemnari, ut liti adsistat & pro se interveniat, totumque judicium in se transferat: quod etiam adeo receptum videmus, ut in eam rem condemnationes omni die fiant, ad hoc, ut venditores pro Emptoribus interveniant; quam vetere praxi nescio, Sandius eam ignorasse videtur, quando ita scribit in *lib. 1. tit. 1. def. 5.* Hæc ita, *Quando venditor PARATUS est defensionem suscipere. Quid autem, si venditor alleget, se non teneri ad auctoritatem, nec teneri suscipere defensionem, vel alioqui emptorem defendere NOLIT.* eoque casu docet, Venditorem apud alium Judicem & quidem suum proprium, ad obtinendum denunciationis effectum, esse conveniendum: quod nunc in eodem Foro & eadem instantia satagunt: Nec adeo nefas esse putem inquirere, an non iste agendi methodus, ultra quam juris ratio ferat, provecta fuerit. Credimus enim, verissimum esse, quod Castrensis ad *l. Venditores de V. Obl.* & theoriæ simul atque praxeos peritissimus Scriptor Joannes Gutierez *de Contract. jurat. c. 61. n. 11.* probarunt, venditorem non posse condemnari ad interveniendum pro Emptore, nisi ad hoc specialiter se obligaverit, ut dicere occupavimus, *ad. tit de Procurator. in fin. Part. II. pag. 667.* Rationes habemus, 1. quod actio de Evictione nulla detur, nisi quando res evicta est: *Si res evincatur, si evicta est, habet regressum emptor in venditorem, l. 1. pr. & in fin. h. t.* Nec empti neque ex stipulatu actio dari potest in venditorem, nisi commissa fuerit stipulatio, *l. 16. §. 1. & l. 21. §. 1. h. t.* Atqui in illa stipulatione nihil est, nisi quid præstiturus sit venditor, si res evicta fuerit, si aliena reperiatur. *dd. ll.* Ideo *qui rem emit, quamdiu evicta non est, auctorem suum convenire non potest*, habetur in *l. 3. C. h. t.* Manifestum igitur est, stipulationem Evictionis causa præstari solitam nihil aliud, quam quod diximus, continere; non defensionis ante litis exitum necessitatem, nec ejus quod interest præstationem, quamdiu non appareat, rem alienam esse venditam. Empti quoque actio (hæc *secunda* ratio) non tenet venditorem, quamdiu nihil ipsi potest objici, quasi præstanda non præstiterit. Non recipit in se, quod nemo litem sit moturus; hoc in potestate non habet, & esset fortuiti casus præstatio, ad quem ut nemo, ita venditor non tenetur, cum Emptor etiam ante traditionem ferat casus fortuitos, *l. 8. de Peric. & comm. rei vend.* Quæ hæc esset iniquitas? Rem tibi vendidi vere meam; Sunt homines importuni, a quibus tibi lis ea de re movetur. Quoties illi te vocant, ego judicium pro te suscipere, quod non promisi, cogar;

Imo tuus hic casus est, quem feras oportet. Si liqueat, rem petitoris esse, tum denique casus, quem ego repromisi, extat: Meam rem me vendere dixi; non est mea; Commissa est stipulatio; Res loquitur me teneri. Si non liqueat, me vendidisse rem alieni juris, nulla causa me facit obnoxium. Quid vero? *tertia Ratio;* Si absolutus sit Emptor, compensatis expensis, non teneri venditorem ad impensas ei refundendas, cum ipsi nihil imputari possit, recte Wissenbachius noster ex Cujacio ad *l. 102. de V. O.* statuit *th. 25. h. t.* Quod si judicium suscipere cogeretur, ad impensas per consequentiam semper teneretur. His adde pro *quarta* ratione, quod Emptor ubique, nusquam venditor, judicium Evictionis sustinere dicitur. *Defensio competit emptori, & hic PATI potest, venditorem vel creditorem pro se litem suscipere*, traditur in *l. 63. verf. Scientibus. de Re Judic.* Fit equidem denunciatio venditori (hæc est objectio) ad hoc, ut emptorem defendat, *l. 49. de Judic. & l. 74. §. 1. h. t.* quoniam ipsius maxime interest; Verum si ille vel negligat, vel supervacuam putet operam suam, potest quidem fieri, ut sibi forte præjudicet, verum absolute cogi, ut adsistat, non potest: Si adjungat se pro eo quod interest sua, emptoremque instruat, ab eo prohiberi non potest; cogi posse, nusquam dicitur emptor, *l. 18. C. de liber. cauf.* Forte alicui magis obstare videatur *l. 75. de procurat.* ubi *in fine; nihil prohibet, Dominum rem petere, & COGI venditorem rursus defendere.* Sed jam ad *d. tit. de Procurat. pag. 667. Part. II.* Defensores necessario bifariam vocari diximus, *absolute*, tales, vel *secundum quid;* Absolute tales, qui ad interveniendum pro aliis causamque defendendam se diserte obligaverunt; hi præcise *coguntur.* Secundum quid necessarios defensores esse, Auctores, contra quos rei damnati habent regressum, ut sunt venditores in casu Evictionis, & debitores, qui res alienas pignori dederunt: qui omnes, cum ad illos periculum redundet, si rem bene curare sibique consulere velint, emptores, sæpe ut in re alieni periculi negligentius agentes, *defendere coguntur:* non absolute, aut inviti, sed re ipsorum ita flagitante, qui plane sensus in *d. l. 75.* elucet. Plane qui dissentiunt, nec enim desunt, ita demum obtinere probant coactionem, si venditor ad defendendum vocetur per modum *actionis plenæ*, non si per modum *denunciationis* conveniatur. Nicol. Burgund. *tract. de Eviction. c. 49. n. 4.* Atqui id ipsum negamus, (proinde sit hæc *quinta* Ratio) venditorem ante rem evictam plena actione posse conveniri, *per d. l. 3. C. h. t.* Nam conveniendi verbum in *d. l. 75. §. 1.* est generale, conveniens etiam simplici denunciationi, *l. 10. §. 5. de his, quæ in fraudem Cred. & l. 122. §. 5. de V. O. l. 10. C. de pignor.* Evictionis causa nusquam aliud quam denunciatio proditum legitur.

18. Cæterum, pro speciali obligatione ad interventionem, quo casu Venditorem cogi nulla dubitatio est, *l. 35. §. 3. de Procurat.* haberi posse talem promissionem, *curabo, ut omnis absit molestia & turbatio*, facile concedimus referenti Stockmanno *decis. 102.* Nam iis verbis lites & processus, quibus nihil molestius, comprehendi, non potest dubitari, qua de re videndus Tuscus *vol. 5. Conclus. 37.* ubi tractat, ad quid teneatur, *qui molestiam non dare promisit.* Non abludit hinc usus vocis gallicanæ *guaranderen;* quod etiam ita usurpatur, ut Stockmannus *ibidem* hæc verba, *de ne vouloir point guarantir*, explicat his verbis; *se nolle causam defendere.* Sed revera vox illa, quæ nostratibus frequenter in usu est, nihil aliud in nativo sensu quam *Evictionem præstare* significat. Nam *Guarand* est Auctor, a quo rem habemus, quo nitimur & qui periculum nobis præstare debet: Unde ex Anglia freqnens illud *Quo guaranto*, seu *waranto*, audivimus, id est, Unde jus hoc tibi vindicas? *Quo auctore id agis, id juris exerces?* Idcirco non immerito nostrates, qui plenius sibi consulunt, post *guaranderen* addunt, *& in judicio pro me intervenire*, sive explicandi, ut fere putant, sive ampliandi causa. *vid.* Calvin. in *Lex.*

19. Porro ex his intelligimus, Emptores, qui rem simpliciter emerunt, non posse a Venditoribus exigere, ut promittant, se pro ipsis interventuros in judicio, verum posse defungi eo, quod emptionis venditionis natura postulat, ut promittant, se præstituros evictionis periculum, vel etiam, ut pro evictione *caveant*, *sub hypotheca bonorum suorum;* quæ est formula nostratibus usitata: Nec si venditor hanc præstet, emptor quo minus solvat pretium, habet recusandi causam; quia nusquam plus in Legibus exigitur, nec opinor, hactenus in usu nostro; verum si quis instrumentum venditionis in ordinaria forma, munitum ejusmodi super evictione clausula, dare paratus sit, quo minus ille pretium petat, nihil obstare crediderim, etsi verum sit, ex usu nostro clausulam evictionis desinere in interventionem. Por-

Porro ita videtur addendum, ea, quæ disputavimus, non obstare, quo minus Emptor, *si ante solutum pretium notabile evictionis periculum immineat*, pretium retinere possit, dum venditor ipsum, hujus litis respectu, ab omni molestia liberet, secundum ea, quæ de cautione hoc casu exigenda diximus *ante*. Quod si absque præsenti evictionis periculo vel concursu creditorum, offerat instrumentum venditionis, cum cautione Evictionis, sine interventione, emptor ad solvendum compelletur: Quin etiam ex causa promissio interventionis expressa inde ab initio peti potest, ab iis, qui sine promissione de evictione prorsus non tenentur. Exemplum; Emerat aliquis prædium hominis obærati, cujus creditores pecuniam erant accepturi. Quisque in ordine suo petebat ab Emptore pretium ad concurrentem pecuniæ sibi debitæ quantitatem. Emptor ajebat: se esse paratum, si caverent sibi de periculo evictionis, & quisque promitteret in casu litis, interventionem. Creditores offerebant apocham cum cessione juris sui & cautione, quod solutio contra quoslibet ei bene verteret; interventionis necessitatem, cum nec ad evictionem præstandam creditores teneantur, declinabant. Judicatum est, emptorem non cogi ad solvendum, nisi Creditores interventionem promisissent, *in causa Elisabetha Heidema cum sociis, creditoribus Secretarii Hettinga, contra D. E. V. a Claerbergen, ante ferias Pentecost. 1680.* Merito enim Creditores, qui Venditoris loco pecunias appetunt, ad hanc cautionem, pecunia nondum soluta, teneri videbantur, quia non simplex erat periculum evictionis, sed etiam, ne non ordo creditorum male servatus esset, ne quis alius potior emergeret; neque postulandum erat ab emptore, ut se tot litibus, quot inde extrinsecus, extra respectum inter se & venditorem oriri poterant, objiceret.

20. Cæterum, Quando Venditor ab emptore denunciatus, liti vel adsistere vel eum defendere non detrectat, ad forum emptoris, cujus est propria causa, licet ipse reus futurus, venire cogitur; cum ipsius causa tantum sit accessoria, *l. 49. de Judic. l. 35. §. 3. de Procurat. l. 19. C. de Lib. caus.* quod si plena actione, non per denunciationem, conveniretur, negandum est, venditorem ad aliud quam ad suum forum venire compelli, nec id Legibus usquam proditum; Quis enim legit, plenam super evictione, nisi post rem evictam, dari ullam actionem? nec aliter Sandius *d. defin. 5.* Quod si verum, ut est verissimum, evanescit distinctio; quod venditor ad interveniendum cogi possit, si plena actione conveniatur: non cogi, si per denunciationem procedatur, ut volebat *Burgundus*. Sola denunciatione & protestatione de effectu denunciationis opus est, nec aliud, inquam, Legibus proditum monstrari potest.

21. Sed pergamus ad casus, quibus cessat actio de Evictione; quorum unum, si Creditor pignus jure creditoris vendiderit, absolvimus ad *tit. de Distract. pign.* ubi limitationem re judicata firmatam adjecimus; scilicet Emptorem tamen, imminente evictionis periculo, non teneri ad pretium solvendum, nisi cautione pro imminenti periculo præstita; quemadmodum etiam, si creditor evictionem promiserit, ut plerumque fit in rebus soli, quia nemo aliter ab illis emere velit, sine dubio teneretur. Sicut etiam qui ab debitore emit, si creditores utili hypothecaria pretium petant, non teneri ad solvendum, *nisi cautione præstita*, modo intelleximus. Quid si Emptor sine cautione solverit creditoribus venditoris, & deinde ab aliis potioribus directa hypothecaria conveniatur; an adversus eos, quibus solvit, non habet regressum evictionis causa? Non habet, quia suum illi, idque jure creditorum acceperunt, quo casu de evictione non tenentur, *tot. tit. C. Creditor. evict. pign. non præst.* Verum est, ibi casum, quo creditor ipse vendidit, tractari; sed heic eadem est ratio. Quin & alia; quod si creditor non sit Venditor, multo minus adversus eum sit Evictionis actio. Sic etiam servatur apud Forum judicatumque est ita sæpe, nominatim in causa *Alberti Ackeri, contra D. Regnerum Rheen cum sociis, 29. Jun. 1680.* & rursus in causa *nobilis matronæ, contra Creditores Titi Hania, ante ferias natalitias ejusdem anni.* Quod si Creditores apud *Commissarium* Curiæ aut alias caverint, se potioribus supervenientibus pecunias restituturos, Emptor, qui sine cautione solvit posterioribus, a potiore creditore, cui denuo solvere cogitur, sumere potest cessionem adversus ordine sequentes, qui pecunias acceperunt; quemadmodum in eadem causa usu venerat; eo quod mater matronæ emptrix, a quibusdam cessionem, ab aliis non acceperat: ingenti detrimento edocta, quam sollicitos oporteat Emptores esse, qui ab hominibus ære alieno gravatis res soli comparant. Sane absque prævia cautione, priores Creditores in pecunias a posterioribus acceptas & consumptas,

ptas nihil quod cedant, habent, ut ad *d. tit. de Distract. pign. n. ult.* demonstravimus.

Porro, sicut Creditores, qua tales, pignora vendentes non tenentur evictionis causa, sic etiam Tutores, Curatores, Procuratores, de rebus a se in ea qualitate venditis, finito officio suo non teneri, certum est, si modo qualitatem suam alieni nominis, approbent; nisi proprio nomine periculum evictionis in se receperint, secundum ea quæ ad *tit. de Exercit. act. n. 4. & seqq. Part. II. pag. 914.* diximus, quibus adde Fab. *8. Cod. tit. 31. def. 6.* Costal. ad *l. 40. h. t.* Huc etiam pertinet casus frequens; An, cum maritus cum uxore rem ad uxorem pertinentem vendiderit, Vir finito matrimonio de evictione teneatur. Si Vir ut Curator uxoris vendiderit, consentaneum est, eum non teneri. Sed aliter judicatum est in tali specie; Maritus & uxor vendiderant agrum uxoris ex fratris ejus hereditate, & pro evictione se obligaverant. Finito matrimonio conveniuntur ex ea causa maritus & uxoris ejus heredes. Maritus ait, se ut Curatorem uxoris, non suo nomine vendidisse, qua de re finito matrimonio se non teneri. Condemnatus tamen est, quia non in ea qualitate, verum simpliciter cum uxore vendiderat & caverat, etsi negotium appareret uxorium esse: Proprio nomine locutus erat & ita se obligaverat, quod utique poterat, nec emptorem decipere debuit, *l. 9. §. 1. Locati.* In causa *Nienk Douwes tot Deinum*, contra *Claes Claessen cum sociis, 1679.*

22. Reliqui casus cessantis ob evictionem actionis ad duo capita referri possunt: * I. Ad factum emptoris. II. Ad casum fortuitum. Ad primum caput spectant hi casus. I. Quando emptor *rem alienam*, aliive *obnoxiam;* ut addit Thomasius *positioni nostræ 18. h. t.* sciens esse talem, emit, *l. 27. C. h. t.* ubi nec pretium repetendi jus datur, si non expresse ita convenerit, *arg. l. 1. §. 2. in fin. de Action. empti.* Non obstante *Nov. 7. c. 5.* ut legenti facile patebit: Tamen etsi qui a creditore pignus emit sciens, habeat pretii repetitionem, *l. 2. C. Si vend. pign. ag.* quia debitor ipse per distractionem pignoris liberatus est. Sic etiam qui rem fideicommisso subjectam, pendente conditione sciens emit, pretium recuperare potest, non quod præterea interest, nec ut olim, duplum, *l. ult. §. ult. C. Commun. de Legat. & fideic.* Idque ideo, quia tales venditiones jure sunt licitæ nec ideo scientia rei alienæ emptoribus, ut vitium, objici potest, *L. Statius Florus 48. §. 1. de Jure Fisci.* Proinde, si quis fundum habeat alii ex fideicommisso, *si sine liberis morietur*, restituendum, & susceptis liberis fundum tibi vendat, si deinde mortuis liberis, extiterit conditio, tuque fundum fideicommissario tradere coactus sis, venditor tibi pretium, non id quod amplius interest, restituere debet, *d. l. ult.* Si vero fundus non evincatur, sed penes emptorem maneat, si quidem onus sciverit emptor, non habet actionem: si nesciverit, venditorque celaverit onus, habebit actionem in id quod interest, per *l. 1. §. 2. de Action. empt.* Qua in re valent etiam præsumptiones, ut si emptor de familia, neque testamentum occultum fuerit, onus non ignorasse credatur, ut Curiæ nostræ visum est in tali specie. Carolus *a Roorda* Vir egregie de Republ. meritus, & Lucia *Wissema* conjuges, bona sua durante matrimonio acquisita diviserant. In qua divisione cesserat uxori domus Leovardiensis, constante matrimonio de fratre ipsius empta, sed fideicommisso a matre eorum gravata. Finito morte matrimonio, mulier a viri heredibus petebat id quod intererat sua, vel quod minoris erat domus, propter onus fideicommissi: Sed repulsam tulit; eo quod testamentum matris ei probe fuerat cognitum, ideoque fideicommissum non ignorasse præsumebatur; Cui accedebat, quod apud divisionem maritus ei concesserat e communi quinque millia florenorum pro redhostimento, quod pars ejus deterior quam sua videretur; etsi non erat expressum, illam mantissam pecuniariam ad onus fideicommissi, cujus plane mentio facta non erat, pertinere. *Ita in causa Luciæ a Wissema, contra Johannem a Velsen cum sociis*, ante ferias Paschales 1680.

23. Ad factum Emptoris quoque pertinet, si dolo, contumacia, negligentiaque sua contigerit, ut vinceretur, vel quo minus denunciatio fieret, *l. 55. pr. & §. 1. h. t. l. 8. C. eod.* item, si cum appellasset, fatalia præterire passus sit, *l. 63. §. 1.* vel usucapiendi occasionem prætermiserit, *l. 56. §. 3.* Denique, si emptor in arbitrum compromiserit & contra eum data sit sententia, nulla ipsi actio de evictione danda est adversus venditorem, *l. 56. §. 1.* ubi additur hæc ratio; *Nulla enim necessitate co-*

* Addunt nonnulli, in Saxonia actionem ad evictionem præstandam non dari adversus Judæum, *a. ℞. l. 3. art. 7.* Zobel. *P. 1. diff. 31. n. 15.* sed non receptum esse hunc articulum apud nos, bene monet Philipp. *ad dec. El. 87. obs. 3. num. 14.* Schulz. *Syn. Inst. tit. de obl. quæ ex del. nasc. lit. p.* conf. Pingizer. *qu. 49. n. 19.*

gente

gente, idfecit. An hæc ratio faciet, ut excipiamus casum, si emptor docere queat, se ad evitandos sumptus & incommoda longæ litis id facere coactum? Non videtur; nec enim ipsi de causa alieni periculi laborandum erat, sed post denunciationem venditori hoc suo arbitratu administrandum permittere debuerat. Ipse compromittendo rem suam facere visus est, quia nemo compromittere potest, nisi de rebus, quarum ipse liberum habet disponendi arbitrium, ut probatum est ad *tit. D. de Arbitr. n. 4. Part. II. pag. 696.* An excipiemus casum, si plane certum fuerit, evictionem non potuisse evitari? Ne id quidem Lex aut ejus ratio permittit: Nec enim necessitas tali casu emptorem ad compromittendum coegit. Tu vero inde collige sis; sic compromittendo in arbitrum, emptor suum regressum amittit indistincte, causa licet desperata, nec aliud juris esse, cum denunciando supersedit, *d. l. 8. C. h. t.* qua de re *superius* actum est. Quid si denunciaverit emptor venditori, cum ad arbitrum iret? Venditor impune non parebit; etenim extra compromissum arbiter nil nisi privatus est. Plane si venerit atque adstiterit, ex consensu suo quin teneatur nihil obstat, ex argumento hujus legis *56. §. 1.* Emptorem, si transegerit, juraverit, vel confessus amiserit actionem: æque regressum ex causa evictionis amittere, tradit ex communi sententia Costalius ad *hunc §.* & recte opinor, cum sit eadem ratio.

24. Sequuntur casus fortuiti, propter quos Evictionis actio cessat: ut si res, antequam evincatur, sine dolo emptoris perierit, etsi alienam fuisse, probari queat, evictio tamen cessat, *l. 21. in pr. h. t.* Idem erit, si fundus a fisco publicatus fuerit, *l. 11. h. t.* Denique, si per injuriam vel stultitiam judicis manifestam victus sit emptor, evictionis actio cessat, *l. 5. & l. 51. h. t.* Verum in dubio pro sententia præsumitur, *l. 25. de Stat. hom.* Si vero etiam præsente venditore, iniqua sententia fuisset lata, nec is appellasset, magis est, ut emptori regressus contra venditorem daretur, ait Costalius ad *hanc l. 21.* quæ est insignis limitatio ex *l. 63. §. 1. h. t.* quod rursus argumento est, venditores denunciatos non semper adstitisse, nec adeo coactos fuisse adsistere liti. Simul hoc inde percipimus, a Venditore nihil amplius exigi, quam ne rem alienam aut alteri obnoxiam vendiderit; non etiam, ne alius emptori litem injuste moveat, cujusmodi factum tertii non magis venditori, quam judicis injuria nocere potest. Ideoque si absolutus sit emptor, nulla causa est, ut ad impensas, vel ad onus defensionis, antequam liqueat, stipulationem evictionis esse commissam, teneri dicatur; qua de re *similiter* actum.

Tit. III.

De Exceptione rei venditæ & traditæ.

SUperiore capite traditum est, quid juris sit, quando res aliena vendita vindicatur & evincitur domino, actione contra emptorem, cujus periculum in venditorem redundat, instituta. In hoc titulo de re quoque vendita, sed quam ipse venditor repetit, agitur; Si quæras, quo prætextu venditor rem a se venditam evincere possit, hunc accipe; Si, cum venderetur res quidem aliena, sed deinde venditoris facta fuerit. Ait venditor, se esse heredem domini, a quo vivo res evinci potuit; Ergo & a se posse, cum heres in omne jus defuncti succedat. Sed fortior est ratio, quod ipse vendiderit, nec suum factum alio jure subvertere possit, ideoque repellitur *exceptione rei venditæ & traditæ*, *l. 1. pr. h.* Quin imo si ipse venditor dominum rei heredem reliquerit, huic factum defuncti obstat, ne venditionem rescindere possit, *l. 1. §. 1.* Quæ cum ex contractu sit exceptio, datur etiam heredibus & contra heredes, *l. 3. in pr. & §. 1.* Nocet etiam fidejussori, ut si hic pro valore venditionis spoponderit & deinde rei venditæ, quæ tunc erat aliena, dominus sit factus, ipsi rem evincenti obstet exceptio *l. 11. C. de Evict.* Quid si heres ejus, dominium rei venditæ nactus, aliunde quam a Fidejussore, eam evincere velit, an potest? Ex analogia juris non poterat; debet enim præstare factum defuncti, nec potest evertere contractum, pro quo fidejussor, cujus heres est, ipse spopondit, *arg. l. 24. de R. J. l 2. §. 2. de V. O.* Sed Lex hanc consequentiam præcidit, heredemque fidejussoris hujus exceptionis rigori exemit, *l. ult. C. de Evict.* quæ cum sit exceptio, minime tollit regulam ita dictantem; Fidejussor etiam heredem relinquit obligatum, *§. 3. I. de Fidejussor.* contra quam Virum doctum aliquando, sed in propria

causa, meminimus adseverate contendere, sed invita Themide atque Suada.

Æquitatem in *d. l. ult.* desiderant aliqui, notante D. Wissenb. ad *h. t.* etsi Faber ejus sententiam, ipsi juris analogiæ consentaneam arbitretur, ad *d. tit. C. def. 2.* Nobis nec analogica nec iniqua videtur. Est etiam exceptio in muliere, quæ fundum dotalem consensu suo venditum, sine metu hujus exceptionis, repetere potest, per *l. un. §. 15. C. de Rei uxor. act.* Quanquam hæc proprie non est exceptio, cum venditio potius inde ab initio nulla fuerit, *d. §. 15. & pr. Inst. in fin. Quib. alien. lic. vel non.* Quid juris sit, quando res duobus vendita & uni tradita est, habuimus ad *tit. de Public. in rem Act.*

AD LIB. XXII.

Tit. I.

De Usuris & Fructibus & Causis & omnibus Accessionibus & Mora.

I. Etymologia Usuræ. II. Definitio. III. Divisio in tres species, an accurata. IV. An usura sit licita. V. De fœnore trapezitico. VI. Usuras usurarum plane esse probibitas, etsi debitor consenserit. VII. Etiam post sententiam & taxationem. VIII. An & in usuris compensatoriis, quæ fructuum loco præstantur. IX. Mutata debitoris persona, usuras amittere σχέσιν usurarum, & rursus parere usuras &c.

SUperiore *Libro* de appendicibus aliquot Emptionis venditionisque fuit actum: nunc ad accessiones contractuum generales cum Justiniano relabimur, juxta methodum ejus arbitrariam, quæ sunt Usuræ, Fructus, Causæ, & reliqua, de quibus in Rubrica *Tit. 1.* quam præ manibus habemus. *Usura*, quæ princeps tituli pars est, unde dicatur, non est dubium, ab *Utendo*, quia nihil est aliud, quam merces pro usu pecuniæ, *l. 58. §. 6. ff. ad SC. Treb.* ubi *usuræ propter usum medii temporis perceptæ.* Nec raro usura pro usu ipso sumitur: Unde lucis *usura*, temporis *usura*, apud Ciceronem sæpe aliosque, & usura pecuniæ pro usu ipso. Unde per tropum merces, quæ pro usu præstatur, Usura vocata est. Vocatur aliter *fœnus*; nam promiscue sumi hæc vocabula, patet cum aliunde, tum ex *l. 58. §. 2. D. ad Sc. Treb. l. 26. de Pecul. leg.* Hinc fœnori dare sub usuris, habetur in *l. 11. §. 15. de Leg. 3.* Videtur tamen fœnus aliquanto sonare odiosius. Unde Cujac. *parat. de Naut. fœn. Fœnus est, quod præter sortem accedit lucri causa; Usura, quod accedit, ne in damno versetur creditor.* a quo non alienus est Paulus in *l. 17. §. 3. in fin. h. t.* Usura quoque nimia & illegitima, fœnus magis quam usura dicatur, ut in *l. 4. tit. seq. ubi majus legitima usura fœnus.* Dicitur autem *Fœnus* vel a Græco πόνος, quasi tu *pœnam* dicas, vel a fœtu, veluti τόκος ἀπὸ τοῦ τίκτειν, vel ἀπὸ τοῦ φαίνεσθαι ἐπὶ τὸ χρηστότερον, *a lucri studio*, ut est apud Gellium *l. 16. c. 12.* quæ tamen allusio magis, quam vera videtur esse etymologia. Quod autem fœnus quandoque pro ipsa fœnebri pecunia sumitur, ad Rhetoricam potius quam ad Grammaticam pertinet observationem. Tacitus *Annal. 6. cap. 17. Senatus præscripserat, ut duas quisque fœnoris partes in agris per Italiam collocaret.* Confer. Sueton. *in Cæsar. c. 17.*

2. Definitionem Usuræ per notationem etymologicam fere præsumsimus: *Est merces, quam debitor præstat creditori pro usu pecuniæ creditæ.* Pecuniam ponimus ut subjectam usuræ materiam, etsi *Quantitatem* D. Wissenbach. aliique malunt. Nam & aliarum rerum fungibilium accessio, usura dicitur aliquando, *l. 12. & l. 23. C. h. t.* Vel igitur pecuniam hoc latiore sensu, pro rebus pondere, numero, mensura consistentibus accipias licet, exemplo Veterum, teste Justiniano in *l. 2. pr. & §. 1. C. de Const. pecun.* vel a potiori denominationem intellige factam, quia sane usura vini, olei, frumenti in eadem materia, valde rari & fere subsidiarii usus est, ut docet Imp. *in d. l. 23. Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus*, ait, *mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.* Nam alioquin ut res aliæ capiant usuram, pecunia æstimari solent, etiam res fungibiles, *l. 8. C. Si cert. pet.* vel ut in pecuniæ solutionem desituræ considerantur, *l. 3. §. ult. h. t.* ubi aliter de rebus extra pecuniam non *sine rubore*, peti dicuntur *usuræ.* Unde recipiunt interpretationem textus, qui de auro, argento facto, veste, usuras agnoscunt, *l. 25. C. h.*

C. h. item in deposito, *l. 2. C. Depos.* quod usuras ita, ut compensationem, quatenus scilicet agitur de pretio rerum deperditarum vel deteriorum factarum, sicut alias dictum, admittit: Ne quis textus, in quibus Empti actio dicitur usuraria, proferat, *l. 2. & l. 13. C. de Action. Empt.* quæ clare de pretio, in pecunia consistente loquuntur.

3. Vulgo nec male dividitur in tres species Usura; Compensatoriam, Lucratoriam & Punitoriam. Compensatoria nihil est aliud, quam æstimatio ejus quod interest, ratione damni illati & lucri cessantis. Punitoria, quæ in pœnam tardæ solutionis, adeoque ob moram debitori infligitur. Lucratoria, quæ propter quæstum etiam citra moram exigitur, ex propria conventione; nam quæ ex mora venit, non est ad lucrum, *l. 17. §. 3. in fin. h. t.* & hæc specialiter nomine fœnoris noscitur, tametsi in jure fœnus & usura indistincte fere usurpentur, ut superius demonstratum est. Patitur hæc divisio controversiam non admodum difficilem, de qua Thomasius.

SCHOLIUM.

Rejeci hanc distinctionem cum Strauchio in notis ad Differt. 18. th. 13. pag. 202. *Quamvis autem Autor lucratorias aliter describat, ac illi, quos ibidem notavimus, facit tamen ejus descriptio, ut a Compensatoriis non differant; imo in descriptione compensatoriarum parum abest, quin misceat usuras & interesse, quæ tamen differunt.* Vide Wissenbach. th. 2.

RESPONSIONI servient sequentia. Retinuimus hanc divisionem non tam ob usum rei, quam sequentis quæstionis, *an usura sit licita*, momentum. Nam si Usuræ stipulatio non excedat id, quod vere creditoris interest, vel si puniatur mora debitoris, minus est dubii in hoc quæsito, quam si sola quæstus ratio sit causa fœnoris. Discrimen lucratoriæ & punitoriæ Wissenbachius, ad quem Scholiastes provocat, ipse tradit in *th. 2.* Adversus compensatoriam Responsio duplex, quæ est in Scholio, non habet rationem; non sane prima, quæ est, quod Lucrativam ita describamus, ut nihil a Compensatoria differat. Quid enim? Compensatoria semper id quod interest supponit, hoc est damnum accipiendum vel lucrum cessaturum. Lucratoria sine ullo tali respectu, licet otiosa futura sit pecunia, percipitur: Quæ potest esse evidentior discrepantia? Reprehensio altera; parum abesse, quin misceamus interesse & usuras in descriptione Compensatoriæ. Bene habet, quod non omne discrimen exclusum dicitur. Nec enim aliud *τὸ Interesse* ab usura differre, quam æstimatio certa differt a petitione incerta, præ se fert ipsa definitio. Plane quod ad effectus juris attinet, forte non admodum hanc divisionem desideremus: Sed multum referre in quæstione, an licita sit usura, utrum mero lucri studio, an ad compensationem damni vel lucri cessantis exigatur, manifestum est. Quin nec in foro discrimen Compensatoriæ & Lucrativæ usuræ penitus cessare, paulo inferius in exemplis rerum judicatarum videbimus. Facilius punitoriam omitti paterer, ut duæ essent species, *Compensatoria & Lucratoria.* Nam si pœna moræ sit propter damnum illatum aut lucrum cessans est Compensatoria. Sin aliter, est Lucratoria: ut his duabus speciebus liceret esse contentis. Denique, compensatoriam satis probat *Lex 60. ff. Pro socio.* Quid autem vult Paulus in *l. 17. § 3. in fin. h. t.* dum ait; *Usuræ non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur?* Sic nulla lucratoria, nec compensatoria fuerit usura. Sed loquitur ibi Paulus de usuris, quæ tacite & ex officio judicis accedunt; non quæ per conventionem debentur, quibus solis lucratoria qualitas convenit, & harum ait causam non esse lucrum creditoris, sed moram debitoris. Alii ex hoc loco distinctionem inter fœnus & usuram probant, ut fœnus sit *lucri causa* duntaxat, usura propter id quod interest, vel ob moram debitoris, A. Matth. *disp. ad Pandect. 30. th. 2.* qui per hanc distinctionem absolvit Quæstionem, an fœnus vel usura sit licita; De fœnore negat, de usura adfirmat, *disp. miscell. 6.* & ad *ff. disp. 30. th. 31.* Sed verborum illud discrimen non esse juridicum, neque perpetuum, *paulo superius* probatum est, etsi fœnus frequenter in odiosam partem accipi, negandum non sit.

N. ADDIT.

Prolixa responsio, sed quæ parum facit ad rem. I. *In notis ad Strauchium cum ipso Strauchio ideo rejeci hanc distinctionem, quia secundum ea, quæ de ea habet Struvius* Ex. 27. th. 43. *lucratoriæ involvunt turpitudinem moralem, punitoriæ vero sunt improprie tales, ergo diximus, solas remanere compensatorias. Notavi etiam jam ibidem dissensum Dd. in exponendis terminis, cum, quas Struvius punitorias vocavit, Eckoltus dixerit compensatorias.* II. *Etsi Autor dicat, ea distinctione opus esse ad quæstionem de licentia usuræ, tamen postea ab hoc asserto recedit, ubi trimembrem priorem redigit in bimembrem, & notat simul, Antonium Mat-*

Matthæum absque ea quæstionem expedivisse. Et facile demonstrari posset, ceteris paribus, & punitorias & compensatorias & lucratorias usuras esse licitas. III. Dum dixi, Autorem sic describere lucratorias, ut a compensatoriis non differant, id volui dicere, quod videlicet sub descriptione compensatoriarum in verbo lucri cessantis *lucratoriæ comprehendantur, quam objectionem frustra jam elevare studet Autor mutatione termini* lucri cessantis *in* lucrum cessaturum, *& urgendo, quasi scilicet lucratoria percipiatur, etiamsi otiosa sit* futura *pecunia. Quid futurum sit, in actionibus propriis, etiam a voluntate dependentibus, ignorant homines, cum voluntas sit quotidie ambulatoria. Cæterum de quæstione, an licita sit usura, nemo melius & fusius egit, quam illustre Belgii decus Gerhardus Noodt*, in tractatu peculiari de fœnore & usuris anno 1698. publicato. *Usuras esse illicitas, est merum inventum Cleri Pontificii, partim eum in finem excogitatum, ut infallibilitatem Patrum Ecclesiasticorum & suam defenderent, etiam in rebus absurdissimis, partim, ut a Laicis sine usuris pecunias acciperent mutuo. Ipsi enim uti regula utuntur, beati accipientes, non dantes, ita si maxime mutuo dederunt Laicis, novis contractibus in fraudem usurarum prohibitarum inventis, ut v. g. venditione annuorum redituum &c. facile illuserunt horum simplicitati & superstitioni.*

4. Quæstioni vulgatæ & verbosæ de Fœnore sive usura toleranda vel prohibenda, licita illicitave, non est animus immorari. Negativam de usura, scilicet lucrativa, multis rationibus adstruit D. A. Matthæus *disp. miscell. 6. c. 6.* dissentiente, quod rarum & mirum, discipulo ejus Wissenbachio ad *h. tit. th. 3.* qui respondet ad omnia diligenter, etiam ad loca Scripturæ Sacræ, quibus omnis usura prohiberi videtur, *Exod. 22. v. 25. Levit. 25. v. 35. Deut. 23. v. 20. Exod. 18. vers. 17. Proverb. 28. v. 8. Psalm. 15. vers. 8. Luc. 6. v. 35. Omnem omnino usuram sacra pagina damnari, nunquam probabitur,* inquit: *Locis Veteris Testamenti citatis prohibetur usura expilatoria rodens fratrem, & quidem egenum ac in calamitate constitutum.* Verum est, in duobus prioribus locis pauperum fieri mentionem; Reliqua indistincte loquuntur, & docent, Judæo a popularibus suis non licuisse capere usuras, sed a peregrinis duntaxat. Quæ oppositio suggerit aliam responsionem, quæ est; hanc legem de non capiendis usuris, fuisse politicam, non moralem universalem; quia sic adversus peregrinos æque prohibitam fuisse oporteret. Plane rationi rectæ legique charitatis naturali, usuram simpliciter non adversari, validissime probat Grotius *Introduct. Jur. Holl. lib. 3. tit. 10. n. 20. & seqq.* Item *de J. B. & P. c. 12. n. 20.* ubi tamen jure Divino Vetere & Evangelico judicat, usuram esse prohibitam, hac potissimum ratione; quod etsi legem illam Judæis latam non neget esse civilem Hebræam, Christiani tamen omnes sint fratres & populares, nec minora sibi charitatis officia quam Judæi invicem debeant. Quæ consequentia procederet, si Christianis omnibus eadem esset Reipubl. & commerciorum, quæ Judæis olim fuit, ratio; quod tantum abest, ut nihil certius sit, quam Judæis, populo terrestri, usuram fuisse molestissimam, ut olim Romanis, aliisque civitatibus mercaturæ expertibus magnariæ, accidit; cum in plerisque Christianorum populis, sine ingenti incommodo, usura moderata cives carere non possent. Sic igitur vult ratio juris; Lege Mosaica non obligari populos alios, nisi quatenus eædem rationes, quæ apud Hebræos fuerunt, nobis exacte conveniant: Ideoque valde adsentior Carolo Molinæo, qui in *tractatu de Usuris*, (quem Grotius in *quadam* ad Salmasium de Usuris scripturientem *Epistola* μάλα φιλοσοφικῶς, ex principiis Philosophiæ civilis ait esse conscriptum,) fuse docet *n. 5. 9. 13. & 515.* regulam hujus disceptationis esse debere *Legem charitatis*, cum qua si pugnet Usura, fiat illicita. Nec deterret A. Matthæi *disp. 7. th. 41.* auctoritas, qui sententiam illam Molinæi, quem alioquin eximie laudat, *deliramentum* vocat *manifestum & ab hæresi non alienum.* Τῆς οἰκειώσεως! Cæterum, charitatis violationem semper in usura lucratoria contineri, nemo, qui novit eam frequenter a negotiantibus & locupletibus, majorem quam habent in manibus pecuniam occupantibus, exerceri, adfirmabit. Est tunc societatis quoddam genus in lucro, sine communione damni, quod nemo improbum esse dixerit. Nec ideo videtur ad sentiendum Grotio, qui leges populorum de quantitate usurarum, ita demum licitas esse putat, *siquidem vere stent intra compensationem ejus, quod abest aut abesse potest, d. c. 12. n. 21.* Quanquam illud, *abesse potest*, rigorem sententiæ usuris contrariæ non parum mitiget, si non totum eludat. Quod de exhauriendis pauperibus objicitur; his eandem nemo pecuniam sub usuris, nisi captis pignoribus, credit. Atqui in ea sumus plane sententia, non esse licitum, capere

pere usuras ab egentibus & pauperibus. Hactenus enim vere legis divinæ prohibitio, quam infringere nefas sit, ad nos pertinere videtur.

5. Unde colligitur, quid de quæstione in Patria Ecclesiisque nostris sæpe agitata, de fœnore trapezitico, sicut apud nos exercetur, sit judicandum. Magistratus Civitatium locant Mensas sive *Bancas*, ut loquuntur, iis, qui maximum vectigal Reipubl. promittunt, ejusmodi usurarum ratione constituta, ut in anno efficiant *Viginti* aut *Triginta* de centum, idque sub pignoribus facile majoris pretii, quam sors est, quibus incumbunt; debitoribus ut plurimum pauperibus, aut ad fines redituum suorum perductis. Duæ sunt rationes hoc fœnus confodientes, ex re ipsa petitæ; prima, quod excedat modum legibus omnium, quæ extant, gentium, usquam præscriptum. Altera, quod pauperes, saltem rebus suis coarctati homines, quibus legislator inprimis consulere debet, exhauriantur, atque ita, quin graviter in legem Christianæ charitatis ac enormiter impingatur, non potest negari; non opitulante Trapezitis, ad exonerandam conscientiam, auctoritate publica; etsi quo pacto Ecclesiarum Pastores trapezitas & ministros eorum, a Magistratibus hac parte dividant, nobis heic non est inquirendum; verum est, illos pro se, magistratus nomine publico, rem gerere. Non juvat etiam calculus, quo post deductionem vectigalis, quod præstant Reipubl. & impensæ necessariæ, pro mera usura vix ultra eam quantitatem, quæ legibus est permissa, capiant. Manet enim hoc vitium, quod ipsi immediate fœnus illud immite ac immoderatum, undecunque tale, capiunt atque exercent. Denique non dubito, quin *Grotius* injuriam faciat Pastoribus & Senioribus Ecclesiarum Belgicarum, quando in *prædicta* ad Salmasium *epistola* scribit, sibi compertum esse, nullum genus hominum improbius in re fœnebri se gerere solitos, quam Pastores & Seniores; quando quibus maxime Grotius succensuit, hi inprimis cordate fœnus trapeziticum impugnarunt. Jure Canonico satis constat, usuram indistincte esse prohibitam, *t. tit. X. de usur. Cap. non licet. & seqq. dist. 46. & dist. sequ. Item Cau. 14. qu. 3. & 4.* quin eodem fere numero Canonici habent usurarios, quo fures, *C. si quis usuram. 10. cau. 14. qu. 4.* unde & titulum de usuris in Decretalibus proxime sequi titulum *de Furtis*, pridem observatum est; sicut etiam Patres Ecclesiæ Veteris plerosque, locorum Sacræ Scripturæ præstrictos auctoritate, satis constat in eadem sententia fuisse, quam & pontificii verbis potius quam re ipsa profitentur. Argumentis aliis, quæ magno utrinque numero agitantur, conficiendis operam non dabimus. Vide sis Grotium *d. n. 20. C. 12. Lib. 2.* Wissenbachium *d. th. 3.* & qui plurimos citat fœnori inimicos auctores, A. Matthæum *Disp. ad Pandect. 30. th. 31.*

6. Eadem lege charitatis, de usuris usurarum, præter quod hæ nominatim Legibus sunt prohibitæ, existimandum est. Nam si dialecticis e doctrina Juris rationibus agendum sit, quid prohibet usuras capere pecuniæ Jure mihi debitæ, qualis est usura? Ubi solveris usuras, hanc ipsam pecuniam cuilibet iterum fœnori dare possum, tibi etiam ipsi. Si ex usura mihi debita non munerata sortem constituamus, quid hoc est aliud, quam acceptam tibi reddere pecuniam sub novis usuris? quid aliud quam *brevis* manus interest? Sed Lex charitatis & publicæ utilitatis non patitur, ut mutui debitor, qui in mora solvendi usuram ob angustiam rei pecuniariæ deprehenditur, nova usura adfligatur, qua re familiæ ad incitas rediguntur: ideoque legibus sub pœna infamiæ prohibetur, *l. 20. C. quib. caus. infam. l. 29. h. t. l. ult. C. eod.* Imo nec si consenserit debitor, ut usura commissa in sortem transferatur, vel obligationi principali adjiciatur, ejus usuræ, quæ jam fortis rationem adsumsit, licita est usura, quemadmodum diserte constitutum est in *d. l. 28. C. de Usur.* Quæ res iterum argumento est, non mere juridicam, sed valde probabilem charitatis rationem in usurario instituto regnare, & evidentius idem in eo, quod sequitur.

7. Per litis contestationem secutamque sententiam, fit novatio & quasi-contractus, ita ut pecunia petita non jam ex vetere, sed ex judicati causa debeatur, *l. 3. §. 11. de Pecul. l. 11. de Novat. l. 16. §. 6. de Pignor.* Atque ita non est dubium, quin totius summæ in condemnationem deductæ, tam usuræ, quam sortis usura, post sententiam deberetur. Sed Justinianus hanc conclusionem præcidit in *l. ult. C. de Usuris.* ubi statuit, etsi post sententiam nova mora debitoris intervenerit, tamen usuram deinceps non summæ totius adjudicatæ, verum sortis duntaxat exigendam. In Fori nostri peristyliis aliquando invaluit opinio, Legis hujus effectum cessare in usuris post sententiam *taxatis.* Nam condemnatio juxta sortem fit tantum in usuras simpliciter, non in quantitatem certam: verum deinde quantitas judiciali *taxatione* definitur. Ea facta, volunt, usuras hujus etiam

iam quantitatis usurariæ currere, & ejus opinionis frequentior praxis in stylum fori se tantum non ingesserat; At nusquam evidentius patuit, nullam esse consuetudinem errore juris introductam. Ex illa interpretatione certum erat, *Legis ult. C. de Usuris.* nullum usum, nullam sanctionis ejus sententiam fore: Siquidem ante taxationem quantitatis nulli sunt termini habiles usuræ, ut res & definitio usuræ satis indicat; nec ideo videri potest prohibitum, ne usuræ usurarum exigantur, quando facultas usuram computandi nulla datur. Imperator, inquam, in *d. l. ult.* prohibitionem usuræ intellectam voluit de casu, quo usuræ computatio usum habere potest. Atqui non potest usum habere, si quantitas pecuniæ certa non sit. Ideoque *Lex ultima* non potest ad alium casum pertinere, quam quo usuræ sunt taxatæ; quæ proinde non recipiunt usuram usurarum. Credideram, verba Sandii in *lib. 3. tit. 14. defin. 10.* dedisse causam isti errori. Verba sunt hæc; *Si sors & usura in condemnationem deducantur, finitur novatione pristina obligatio, tam usurarum quam sortis, & incipiunt currere aliæ usuræ rei judicatæ.* Inde probat Sandius, post sententiam usuras renovare suum cursum, etsi duplum excedant: sed mox adjicit, id non habere locum in usuris post *d. l. ult.* cujus verba tam clara, tam prægnantia sint, ut hujusmodi elusionem nullo modo ferant. Ideoque non obstante qualicunque praxi, sæpe *aliter a Curia definitum scio*, negatasque esse usuras usurarum in condemnationem deductarum & taxatarum. Neque tutum est, admittere usum exceptionis, quam aliqui suggerunt; Si non tam inopia, quam malitia, quæsitisque tergiversationibus, executio & exactio sortis cum usuris dilata fuerit, talem reum in usuras usurarum post earum taxationem esse condemnandum, quatenus officii Judicis est, ne malitiis indulgeatur, *l. 59. de R. V.* licet ita censeat Carpz. *def. for. p. 28. C. 30. def. 28. n. 4.* Non abhorret quidem ab æquitate jurisque ratione hæc limitatio in se considerata; sed ejus prætextu nimis facile everteretur, quod Justinianus omnino cautum voluit, *ne ullus casus relinquatur, ex quo hujusmodi machinatio possit induci in d. l. ult.*

8. Sed an sanctio *d. l. ult.* locum etiam habeat in usuris compensatoriis, in tali specie memini disputatum. Condemnati erant quidam ad restituenda aliquot agri jugera, quæ non poterant demonstrari. Ideoque condemnati fuerant in pretium, quod erat notum, ejusque usuras. Satis constabat, si ager ipse fuisset evictus, eum cum fructibus fuisse restituendum, quorum fructuum in condemnationem deductorum & taxatorum usuræ, præstandæ fuissent, quemadmodum in Foro nostro sine dubio servatur; de jure quid statuendum sit, *inferius* considerandum erit. Sed hæ usuræ in locum fructuum erant subrogatæ: Nec quod ipsum corpus agrorum designari non poterat, male possidentium lucro & petitorum damno cedere debere videbatur. Ideo petebant victores usuras illarum usurarum, una cum sorte in condemnationem deductarum, sicut usuras fructuum petere potuissent. Commissarius Curiæ tamen solius sortis usuras addixerat; per appellationem re ad Senatum delata, plures e Dominis, prædictas rationes justas, & constitutionem *d. l. ult.* in usuris lucrativis, quæ κατ᾽ ἐξοχὴν usuræ vocantur, non in compensatoriis, quæ vicem fructuum obtinerent, locum habere censebant. Paribus tamen suffragiis sententia tum confirmata est, *in causa Creditorum Simonis Jorna triumphantium & in execut. Appellantium, contra Theodorum Bruninga cum soc. in qual. victos & in ex. appellator. ante ferias O. S. 1680.* Pro sententia faciunt verba *d. l. ult. Cum enim jam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, & cætera modo relata.* Verum est, Imperatorem adeo rigidæ observationis in *d. l. ult.* causam hanc allegare; quod in sortem usuras centesimas, id est, duodecim pro centum in anno, post tempus judicati faciendi introduxisset, quibus si accederent usuræ usurarum, onus intolerabile videretur; cum vero centesima hodie non exigatur, ac ita *absurdum*, quod ex concursu utriusque gravaminis Cæsar ostentat, non habeat locum, forsitan ex æquitate, ejusmodi compensatoria usura post rem judicatam, novum usuræ augmentum recipere posset. Ideoque in simili casu antea transierat condemnatio in usuras usurarum, in causa *Annæ Graviæ, contra Petronellam a Velsen, viduam Dris Beilani. d. 8. Julii 1679.* Rursus in tali specie; Titio adjudicati erant quadringenti floreni pro agro non tradito, cum altero tanto nomine usurarum, loco fructuum; judicatum est, usuras integræ summæ ab eo tempore deberi. In causa *Harke Beerns, contra Gellium Johannis & c. d. 29. Jun. 1680.* supposita praxi, quod usuræ post sententiam egredi possint duplum, item quod fructus pariant usuram, *de quo infra.*

9. Ex

9. Ex ratione, qua prohibentur usuræ usurarum, ne debitor onere geminato exhauriatur, imo ex ipsis terminis usuræ usurarum, expeditum est judicare; pecuniam ex usuris redactam & acceptam, non amplius *usuram*, sed *pecuniam* esse, quæ nummis aliis mixta nihil a peculio vel sorte recondita differt. Ideo si hæc usura deinceps alii mutua detur, nulla dubitandi ratio est, quin exinde novam pariat usuram. Quod æque locum habet, si alius quam Creditor usuras alienas acceperit & seposuerit, vel in usus suos converterit. Hoc ipso enim, quod pecunias ad alium pertinentes, quæ apud debitorem fuerant usuræ, accipit, hæ apud ipsum nihil quam nummi sunt, usuris pariendis, ut reliqui omnes, idonei. Non est igitur exceptio a regula de Usuris usurarum, quod Tutor aut Curator, qui usuras a debitore pupilli vel minoris exactas, in suos usus convertit, hujus summæ præstet usuras; vel quando Curator usuras a Tutore accepit, quod ab eo tempore pupillo currant usuræ usurarum: nec enim amplius sunt *usuræ*, sed *pecunia*, inquam, mutata debitoris persona, *l. 7. §. 12. & l. 58. §. ult. de Administr. Tut.* Cæterum, mutatio personæ *creditoris* nihil mutat, si debitor idem maneat, ut si creditor posterior priori sortem cum usuris solvens in locum ejus succedat: Etenim hoc casu, quia debitor idem manet, usuræ usurarum exigi nequeunt, neque hæc est exceptio a regula, *l. 12. §. 6. Qui pot. in pign.* Hinc etiam usuræ, quas ipse Tutor debet pupillo, quamdiu apud eundem Tutorem manent, σχέσιν usurarum retinent, nec ideo pupillus earum usurarum usuras, utcunque ratio ab ipsius latere sit eadem, consequitur, quia manent sub regula *l. 29. h. t. & l. 26. §. 1. de Cond. indeb.* ac ita judicatum est in Curia nostra, referente Sandio *3. 14. 6.* Conf. Struv. *h. t. th. 51.*

DE CAUSIS USURARUM.

X. Causæ usurarum. XI. Quando ex Pacto usura debeatur. XII. Promissio ejus quod interest, an inferat usuras. XIII. An diuturna præstatio usurarum. XIV. Mora quid, quotuplex, & quatenus mora personalis usuram pariat. XV. Moræ ex Re hac parte vis. XVI. De vectigalibus & rebus minutim venditis. XVII. An Litis Contestatio sit causa usuræ, ubi; de cautione judiciali. XVIII. Observationes quædam aliæ.

10. PErgimus ad Causas usurarum, quæ in summa duæ sunt, Conventio & Mora. Utriusque iterum duæ species; Conventio enim est vel Stipulatio vel Pactum, & Mora Vulgaris vel Judicialis, quæ est litis contestatio. Ex stipulatione debentur usuræ sine dubio in omni contractu, Paul. *5. Sent. 7.* & in Mutuo ex stipulatione duntaxat, * *l. 3. C. h. t.*

11. Pactum de usuris, contractibus in continenti adjectum, valet in his, quorum pars fieri potest, ut sunt contractus B. F. *l. 7. §. 4. & 5. de Pact.* sed cum mutuo tale pactum consolidari nequit, quoniam ejus pars non potest fieri, nisi quod revera datum est, *l. 7. pr. de Pact. l. 11. §. 1. de reb. cred.* Mutari tamen posse jus petendi usuras per Pactum intelleximus antea ex *l. 40. de Reb. cred.* Intellige autem hoc, *pecunia* mutuo data; nam aliarum quantitatum usuræ ex pacto quoque *terminis habilibus* debentur, *l. 12. C. h.* quin & in pecunia trajectitia, *l. 7. de Nautico fœn.* denique favore fisci, qui semper capit usuras, scilicet ex mora, *l. 17. §. 4. h.* & civitatum, *l. 30. h. t.* & argentariorum, *N. 136. c. 3.* In his placuit ex pactis usuras deberi, quæ hactenus pacta legitima esse videntur. Moribus hodiernis, ut alias dictum, inter stipulationem & pactum nihil interest: ideoque usuræ etiam ex pacto debentur, quatenus id expressum est; proinde si quis usuras ad annum promiserit, & sortem diutius habuerit, reliqui temporis usuras non debet. Sand. *lib. 3. tit. 14. def. 1.* nisi pluribus annis in solutione usurarum continuaverit, quo casu tacitum Pactum de continuandis usuris præsumitur, *d. tit. def. 4.* ut mox iterum occurret. Apparet igitur, quam utilis sit Clausula mutui instrumentis adjici solita, *ut si diutius sors apud debitorem maneat, eadem usura continuetur.*

12. Quid si debitor usuræ mentionem non fecerit, obligaverit autem se ad omne damnum & id quod interest præstandum, hiccine ad usuras etiam tenetur? Ita sentit & judicatum refert Sandius, *d. tit. def. 2. & 3.* Quod mihi videtur esse verissimum de vernaculi sermonis usu *Interessen*, quia vix aliud est vocabulum, quo exprimantur usuræ populariter, quod successit in locum odiosi verbi.

* Ita noster recte ex sententia legum Romanarum, & *infra §. 18. in fine* Statutum Frisiæ in eandem sententiam interpretatur contra mentem tamen Wissenbachii JCti magni nominis. De Frisicis juribus viderint ii, quorum interest: In Germania universali lege cautum est, deberi in mutuo usuras etiam ex mora. *Rec. Imper. d. An. 1600. §.* So viel nun, 151.

verbi, *woeker*, quod vix aliter a nostratibus, quam pro immoderato & illicito fœnore sumitur. Est alia vox *Renten*, quibus usuræ quidem æque designantur, sed frequentius usuræ mutuæ *interessen* vocantur, & reditus ex fundis pecuniariis semper *Renten*, nunquam *Interessen*, appellari solent. Non potest igitur esse dubium, quin ita Jus dicendum sit, ut Sandius refert, inter cives nostros. In Latina oratione, nego eum, qui promisit, se præstiturum impensam, damna & id quod *interest*, etiam in usuras teneri, scilicet in Contractibus, in quibus expressa conventio ad usuras stabiliendas requiritur; Namque ubi mora sufficit, ibi ne quidem illud vocabulum *τῦ interesse* fuerit necessarium. Cum vero ejus quod interest appellatio certissima significatione differat ab usuris, nullo modo statuendum est, ubi specialis usurarum conventio requiritur, ibi sufficere ad usuras introducendas, ejus quod interest, rei diversæ promissionem. Quin etiam supposito usu vernaculo, monendum est, aliquid a Sandio prætermissum. In hac formula, *pro impensis, damnis & interest a die veniente*, zedert den verschyn-dach, *eventuris, obligo mea bona*, Sandius ait, *d. def. 2.* usuras deberi simpliciter, perinde ac si essent promissæ. Hoc tamen interesse oportet, quod usurarum promissio semper incipiat a tempore mutui dati, sed in ista formula non incipiunt, nisi a tempore, quo placuit pecuniam reddi, *post diem venientem*, quo debitum restitui debet. Sed moveri potest alia quæstio, an non sola compensatoria, his verbis, *Kosten, Schaden en Interessen*, intelligatur, cum hoc effectu, ut probandum sit, *quanti* intersit, idque secundum quantitatem, lege, quæ apud nos est, præscriptam sumi, ut Sandius fere differit in *d. def. 3.* Respondetur, non videri hoc verbum ad usuram Compensatoriam restringendum, ex usu populari, quo simpliciter usuras pecuniarias significat: Proinde non modo debitorem liberari probatione, quanti sua interfuerit præcise, verum etiam, quod sua omnino interfuerit. Adde Ant. Fabr. *l. 4. C. tit. 24. def. 7.*

13. Secundum hæc Quæritur, an diuturna Usurarum præstatio, pro conventione tacita, per quam usurarum obligatio introducatur, haberi possit: Jure Civili, quo Stipulatio, quæ semper est expressa, nominatim ad usuras requiritur, non videtur ex solo facto præstationis introduci posse, *l. 7. C. de Usuris. l. 28. C. de Pact.* Nec obstat *l. 6. C. h. t.* quæ non creditori usuras incerti initii e præstatione diuturna adscribit, sed usuras initii non controversi a Patre agnitas & in rem ejus versas, præsumi statuit, ut D. Wissenbach explicat in *th. 10. h. t.* Sed postquam differentia Pacti & Stipulationis, moribus hodiernis sublata est, & pactum tacite quoque initum facilius præsumitur, *l. 2. 3. & l. 4. in pr. de Pact.* postquam usura quoque magis magisque invaluit, ut vix ulla pecunia gratis ad longius tempus elocetur; nullo modo recedendum est a communi sententia, secundum quam longa præstatio usurarum ex debito, cujus initium constat, hunc habet effectum, ut præscriptionem & argumentum certum obligationis usurarum pariat, uti multa auctoritate probat Sandius *d. lib. 3. tit. 14. def. 4.* Sed quod ex Jure Civili sententiam illam probari volunt, adversatur *citatis legibus*, quæ stipulationem præcise requirunt, non præstationem aliquot annorum ex consensu factam. Nec stipulatio ex eo, quod tacite actum, præsumi legitur, sed tantum, si in instrumento scriptum sit, stipulationem esse factam, interrogatio & responsio præsumi dicitur in *§. si scriptum. 16. I. de Inutil. stipul. & §. ult. I. de Fidejussor.* Hæc autem positio minus habet dubii, quando non tantum de obligationis principalis initio constat, sed etiam, quando stipulatio usurarum, *ad annum* facta legitur: Tunc enim ex secuta præstatione plurium annorum, valde proclivis est præsumtio, quod contrahentes annui temporis fecerint mentionem, ut usuræ proportionem, non ut solvendæ usuræ finem exprimerent, de qua specie facti proprie actum est in *d. def. 4.*

14. Hactenus de Conventione. Sequitur MORA, cujus definitio probata est a Cujacio, quod sit, *Debiti solvendi vel accipiendi frustratoria dilatio.* Heic proprie dilatio *solvendi* intelligitur; nam Creditor ad usuras teneri non potest; sed definitio in universum ponenda erat. Creditorem quoque moram committere, docet Lex *72. de Solution.* ubi; *Creditor non accipiendo moram fecit:* & effectus est, quod si debitor rem vel pecuniam oblatam sine culpa perdiderit, creditor doli mali exceptione repellatur, *d. pr.* quod est idem in eventu cum eo, quod habetur in *l. 30. de O. & A.* Prætorem creditori *actionem denegare*; Consequenter si pignus habeat, illud distrahere non potest, *l. 8. C. de Distract. pign.* Sed hoc loco de sistendo usuræ cursu agitur, etsi obiter alios Moræ effectus adjicere nihil vetat, quod in *Positione 18.* desiderat a me Thomasius. Sed moram divisimus in judicialem & extrajudicialem. De judiciali mora posterius. Extrajudicialis iterum est ex Perso-

Persona, vel ex Re. Mora ex persona committitur, quando reus opportuno loco & tempore interpellatus non solvit, *l.32. in pr. h. t.* nisi justas differendæ solutionis causas habeat, quas vide in *l. 21. h. t.* Semel interpellatum esse, satis est, *d. l.32. & l.23. de V. O. l.87. §.1. de Legat.2.* ubi; *semel intervenisse moram*, *sufficit*, modo creditor deinceps, cum debitorem videt esse paratum, *non omiserit debiti repetendi instantiam*, ac ita consilium mutaverit, ut traditur in *d. l. 32. §.2.* quæ sic nihil obstat. Sed quid est, quod in *l. 122. §.5. de V. O.* habetur, *si Seja non cessasset offerre pecuniam?* Wissenbachius noster in *hoc §. 5.* factum proponi, non jus arbitratur, in *th.17. ad h. t.* quæ responsio sicut bene conveuit *§. Coheredes. 3. ejusdem Legis*, & *Legi Æmilius. 38. de Minor.* ubi, *denuntiationibus sæpe datis.* ita hoc *§. 5.* habet difficultatem, propter verbum, *Si*, quod positionem, imo quod conditionem indicat. Malim igitur respondere: verba, *si non cessasset offerre pecuniam*, idem esse, quasi tu diceres, *si non neglexisset*, si non defuisset offerendo pecuniam: Ne quis putet, cessandi verbum semper indicare frequentationem alicujus actus. Justinus *lib. 31. c. 4.* de apparatu belli, quod Antiochus in Romanos movebat; *Quæ res*, inquit, *tantum apparatum belli*, *CESSANTE Imperatoria arte corrupit.*

15. Altera species moræ extrajudicialis, Ex RE vocatur in *d. l.32. pr. h. t.* & *l. 38. §. 1.* ubi, *si in Re mora fuit.* Committitur autem solo vitio tardæ solutionis, quando res ipsa debitorem, ut solveret, ultro admonuit, cujus multiplex usus est; In emptione venditione qui rem accipit eaque fruitur, ipsa re, hoc est æquitate dictante, moram committit, *l. 13. §. veniunt. 20. de Action. empt. l. 5. C. eod.* Socius communem pecuniam invadens vel in suos usus convertens, ab eo tempore est in mora, licet interpellatio, quæ moram per excellentiam notat, nulla sit facta, *l. 1. §. 1. h. t.* juncta *d. l. 5. §. 1.* Sed statim ac rem alienam occupat & retinet, est in mora, *l. 8. §. 1. & l. ult. de Condict. furt.* idem in quovis violento possessore, *l. pen. de Vi & vi arm.* In favorem *minorum* receptum est, ut debitores eorum, sine interpellatione in mora constituantur, scil. ubicunque moræ præstatio locum habet, quod generaliter supponitur, *l. 3. C. In quib. caus. in int. rest. necess. non est.* Quoties obligationi certa dies præfigitur, seu testamento, sive per conventionem, solus diei lapsus debitorem realiter in mora constituit, *l. 87. §. 1. de Legat. 2. l. 26. §. 1. de Fideicomm. liberat.* quæ de testamentis agunt: verum etiam inter vivos; Qui ad diem certum dari obligatus est, solo diei lapsu in mora constituitur, quia cum obligatio perfecte ante diem existat, dies nulla alia causa adjici videtur, quam ut ultimus sit terminus solutionis faciendæ, molestiaque interpellandi creditorem liberet, sicut in judiciis strictis pœna conventionalis, quæ vicem usuræ & ejus quod interest obtinet, statim committitur, *l. 12. C. de Contrah. stip. l. 2. C. de jur. emphyt. l. 4. §. ult. de Leg. commiss. l. 23. pr. de Recept. arbitr.* in quibus actio non competeret, nisi reus esset in mora. Competit autem post diem per se, idque moram præsupponere, docetur clarius in *l. 33. de O. & A. D.* Wissenb. ad *h. t. th. 16.* Dissent. Bachov. *vol. 2. ad Treutl. disp. 3. th. 7.* semper intellecto; contractum bonæ fidei, vel ejusmodi, in quem cadat æstimatio moræ, esse debere, *d. l. 3. C. in quib. caus. rest. in int.* ut & terminos habiles moræ oporteat esse, quales non sunt in *l. 77. de V. O.* ubi heres tenetur ad pœnam in diem promissam, quæ dies hereditate jacente præteriit. Ergo, opponat aliquis, solo diei lapsu mora non committitur; Certe non, si debitor nullus existat, ut in *d. l. 77.* ubi debetur pœna non ex mora, sed vi promissionis defuncti, ex qua heres tenetur.

16. Ideoque non in omnibus causis MORA pro causa usurarum, sed in bonæ fidei judiciis habetur, *l. 32. §. 2. h. t.* quæ inter an etiam est Conductio vectigalium, non scilicet agrorum, sed publicarum functionum? Ratio dubitandi, quod non tam hæc sit Conductio, quam stipulatio certæ præstationis, in re valde incerti eventus. At tamen usuræ debentur, non modo in favorem Fisci, qui semper usuras accipit, *l. 17. §. 6. h. t.* sed etiam Civitatium respectu, *l. 10. §. 1. de Public. & Vectigal.* ut in Suprema Frisiorum Curia judicatum est, in causa *Petri Annii Reen, contra Magistratus Harlinganos. die 27. Octob. 1636.* An & publicanus a privatis ob moram exigere potest usuras? Ita videtur, per *d. l. 17. §. 5.* juncta *l. 11. C. de Vectigal. & l. 11. §. 2. ff. de Vectigal.* quæ docent, publicanos uti jure fiscali. Moribus hodiernis, est notabilis exceptio a Regula, *quod mora pariat usuram in bonæ f. judiciis*, circa res minutim venditas, pro quarum debito, quamdiu codice rationum continetur, *Boeck schult*, neque per novationem mutatum est, *usura* non debetur; magis ob similitudinem obligationis *Nominum*, quæ stricti juris fuit, quam emptionis venditionis hac parte naturam, ut tota, ni fallor, Europa obser-

servatur. In legatis & fideicommissis, etsi natura stricti Juris, usuræ tamen ex mora debentur, *d. l. 87. §. 1. & l. 78. §. 2. de Legat. 2.* ut alibi dictum, atque dicendum est. Hactenus Mora, quam diximus extrajudicialem.

17. Mora judicialis per litis contestationem committitur; Est enim hæc maxime solennis interpellatio, quæ non tantum in aperta mora, sed etiam in mala fide reum constituit, *l. 38. §. 7. h. l. 25. §. 7. de Hered. pet.* Quod si teneas, ut nihil est certius, nullum dubium est, quin usura in bonæ fidei judiciis ex litis contestatione debeatur, imo etiam in strictis, si quando in iis usuræ ex mora debeantur, *l. 3.* juncta *l. 1. C. de Usur. & fruct. legat.* Sed universa judiciorum Praxi receptum est, ut non in quibusdam, sed in omnibus strictis judiciis, usuræ post litem contestatam debeantur, non quidem Statutis Gentium expressis, sed ex interpretatione Juris Civilis, forte non vera, valde tamen verosimili. Nam fructus & usuræ ad idem præstandi jus rediguntur, *l. 34. de Usuris.* & fructus statim post litem contestatam in strictis quoque judiciis præstantur, *l. 38. §. 7. h. t.* Cui accedit rotundus textus in *l. sequ. 35.* Lite *contestata usuræ currunt;* quem textum si de stricti juris actionibus accipere nolis, frigidum nimis adspicias, quando in bonæ fidei judiciis etiam ante litem contestatam usuræ currunt: nec opus erat monitu, per litem contestatam non abrumpi usuras, quod positum erat extra omnem dubitationis speciem. Quod si de strictis, ut est oratio generalis, hæc verba quoque intelligere debeas, videndum est, utrum *τὸ currunt* significet, *currere pergunt*, an *currere incipiunt*. Illud volunt, qui negant, litis contestationem esse causam usurarum in strictis; hoc vero, qui adfirmant. Verbi usus a neutro sensu alienus est; *Usuræ non currunt*, in *l. 18. de Novat.* hoc est, currere non pergunt. Rursus pro *currere incipiunt*, in *l. 7. §. 7. de Admin. Tut. l. Lecta. 40. de Reb. Cred.* Ergo ex natura negotii dijudicandum, utrum hoc loco sensus sit, usuræ post litem contestatam *suum cursum continuant*, an *vero suum cursum incipiunt.* Forte Doctores non male putarunt, *τὸ currere pergunt*, hic esse otiosum; nihil novi, nihil proprii sensus inde oriri; cum nemo dubitare potuerit, quin Litem contestando creditor jus usuræ non amittat, qui per eam semper conditionem suam facit meliorem, *l. 86. de R. J.* Nec verisimile erat, debitorem liberari posse hoc onere usurarum in eo momento, quod ipsi omnes malæ fidei effectus imprimit, ut modo probatum est. Verius igitur est, hoc velle textum, Lite contestata usuras etiam, quæ prius non cucurrerunt, exinde cursum suum ordiri. Plane si nunquam a Legum sententia longius recessissent Dd. ars nostra causam querendi non haberet. Vide Fabrum *lib. 4. C. tit. 14. def. 33. & Err. Pragm. dec. 1. err. 1.* Sandium *lib. 3. tit. 19. def. 1.* Dissent. D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 9.*

18. Huc etiam referri debet, quod in Foro placuit, si quis Creditor acceperit pecuniam sibi debitam, eamque se restituturum caverit, deinceps appareat, alium meliori jure in illis nummis esse præferendum, etsi de usuris nihil sit dictum, si tamen deinde potiori creditori reddenda sit pecunia, cum usuris utcunque non promissis, eam præstari debere, ut testatur Sandius *d. l. tit. 12. defin. 12.* Rationes, quas ex Jure Communi petit, longius arcessitæ videntur; forte nihil erres, si dicas, hanc esse causam, quod illa cautio Prætoria vel judicialis, proxime ad litis contestationem accedat; item, quod æquum non videatur, ut posterior Creditor aliena pecunia, sine ejus voluntate, gratis sit usus.

Denique, usurarum præstatio in judiciis, hominumque negotiis ita invaluit, ut valde faciles sint mores in causis illarum recipiendis. *Postremo*, de omni mora, tam judiciali, quam extrajudiciali sciendum est, supponi, quantitatem sortis esse talem, quæ proportionem usuræ capiat. Nam si quis debitor sit incertæ quantitatis, ejus usuræ ex mora deberi non possunt, antequam sors debiti ad certam quantitatem redacta fuerit; ut fit, si quando quis ad impensas aut meliorationes alicui præstandas teneatur, ut docet Sandius *d. l. tit. 14. def. 2.*

Superest hæc observatio; Statutum Frisiæ ait hoc modo; *Ubi usuræ non sunt promissæ, ibi putantur ex mora, lib. 1. tit. 9. art. 3. Daar geen Interessen gestipuleert zyn, den koomt men te reeckenen ex mora.* Wissenbachius noster ex his verbis ita nobis inculcabat; Lege Frisica *usuras ex mora ubique deberi, etiam in contractibus stricti juris.* Quod ego non censeo, nec ita servatur. Mens Statuti patet ex sequentibus, *proportione septem de centum computabuntur.* Quantitas usurarum talis sit, qualis in stipulationem deducta est; Si nulla stipulatio intervenerit, computabuntur illic ubi ex mora debentur, ad proportionem septem de centum; quod postea mutatum, ut vid★imus. Non licet stipulari plus septem pro cen-

centum, eademque uſura computabitur ex mora; ſcilicet, *ubi mora parit uſuras*, quod ex jure communi petendum, neutiquam *alibi*. *Hoc illa verba* volunt.

QVANTITAS USURÆ.

XIX. De quantitate uſurarum. XX. Quouſque uſuræ ſint licitæ. XXI. Quid jure Friſico. XXII. De Pacto uſuræ pœnali.

19. Vidimus, quid & quotuplex Uſura, ſitne licita, & unde oriatur. Sequitur, ut quantitatem ejus colligamus. Notum & ſæpe dictum eſt, veteres uſos eſſe computatione fœnoris menſtrua, *maentgelt*, ut noſtrates, qui tamen annuo magis calculo adſueverunt. Sed de uſuris Kalendariis pleni ſunt Juris & Veterum libri, *l. ult. de Reb. cred. l. 41. §. ult. h. t.* Kalendarium liber fœneratitius. *Quis dives? cui magnus Kalendarii liber volvitur*; ut Seneca. Plura Briſſon. *de V. S. voce Kalendarii.* Quando de centum, ſingulis menſibus ſolveretur unus, hæc uſura vocabatur *Centeſima*, quæ eſt maxima in Jure, *l. 8. C. ſi cert. pet. l. 26. C. h. t.* Græci Ἑκατοςιαῖον τόκος ἐςὶ, τὸ ἐπὶ τοῖς ἑκατὸν καθ' ἕκαςον μῆνα δίδοσθαι, ἢ ἕν, id eſt, ὑπὲρ ὅλȣ ἐνιαυτȣ̃ ιβ ἤ. *Centeſima uſura, quando pro centum quoquo menſe datur unus; id eſt, per integrum annum duodecim.* Harmenop. *3. cap. 7.* Minores uſuræ, diſtinctis nominibus exprimuntur. Centeſima illa conſideratur ut AS, cujus *partes* notæ ſunt ex *tit. Inſt. de Hered. inſtit.* Pone pro Centum in anno XII. hæc uſura fit AS (non appellatur tamen ita, centeſimæ nomen unice eſt in uſu.) Sex pro centum in anno, dimidia pars centeſimæ, & quia Pars dimidia Aſſis vocatur SEMIS; ergo ſex pro centum, uſuræ *ſemiſſes*. Unus pro centum in anno *Unciarium fœnus*; eſt enim Uncia pars duodecima Aſſis. Hinc conſequenter duo pro centum, ſextantes uſuræ; Tres pro centum in anno, quadrantes uſuræ; Quatuor, *trientes*, id eſt, tertia pars XII. Porro, quincunces, ſeptunces. Beſſes, ſunt octo de centum; dodrantes, novem; dextantes decem; deunces XI. Eodem fere modo uſura drachmalis apud Græcos accipienda: Nam drachma reſpondens denario Romano eſt centeſima pars minæ. Hinc uſura drachmalis eadem cum Centeſima Romana, ut latius apud Budæum 1 *de Aſſe*, & Hotom. *c. 7. de Uſur.*

20. Olim Romæ cuilibet uſuram ſtipulari fas erat, quantam poterat, dein reſtricta eſt, ut Tacitus. *Primo XII. Tabulis ſanctum, ne quis unciario amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur, dein rogatione Tribunitia ad ſemuncias redactum.* Sed fœnebre malum toties repreſſum, identidem *miras per artes* renaſcebatur, ut Tacitus *ibidem 6. Ann. c. 16.* Noviſſima Conſtitutio Juſtiniani præſcribit hunc modum *ſanctione generali.* In trajectitiis pecuniis & mutuo quantitatum, licita eſt uſura centeſima, *tantummodo*, *l. 26. §. 1. verſ. in traject. C. h. t.* Olim recepta fuit etiam contra Tutores & Curatores, de pecuniis pupillaribus in ſuos uſus converſis, *l. 7. & l. 54. de Adminiſtr. Tut. l. 1. C. de uſur. pupil.* quæ ad reliquos alienarum rerum adminiſtratores extenditur *l. 38. de Negot. geſt.* ubi, *maxima uſura.* Quod per *d. l. ult.* abrogatum vel non, *hodie* certe nusquam ſervatur, uti nec judicati ſolvendi cauſa, quæ ad centeſimam poſt quadrimeſtres a tempore latæ ſententiæ inducias intenditur, ab ipſo Cæſare in *l. ult. C. de Uſur. rei Jud.* Idem vulgares & populares uſuras ſtatuit *ſemiſſes*; Mercatoribus indulget Beſſes, Illuſtribus non ultra trientes, *d. l. 26. §. 1.* Mores hac parte variant pro ratione commerciorum, & copia rei pecuniariæ, eæque rationes Statuta ferme ſequuntur. *Moribus noſtris*, ait Thomaſius ad *poſ. 26. h. t. uſuræ populares ſunt quincunces, etiam illuſtribus permiſſæ.*

21. Apud nos olim fuere ſeptunces, tam ne ex ſtipulatione majores fierent, quam ex mora, *d. l. 1. Stat. tit. 9. art. 2.* Donec, uſu ſuadente promiſcuo, uſuras ex mora placuit ad quincunces redigi, ex decr. Ordd. *d. 30. Mart. 16..* ſtipulationis facultate non mutata; quod ſecus Edicto Ordd. Holl. cautum eſſe, teſtatur Grœnew. ad *l. 26. §. 1. C. h. t. n. 2.* Proinde ſeptunces adhuc promitti, nihil heic vetat, *d. tit. art. 2.* etſi raro & ſine ſugillatione pudoris, quincunces, aut ſane ſemiſſes, excedere vix liceat. * Centeſima permittitur mer-

* Sicuti Jure Imperii ultra quincunces uſuræ pro illicitis habentur, *R. I. d. An. 1654. §. 174.* Anreichend. ita eadem quantitas noſtro Jure definita eſt, Torganiſch Ausſchreib. *d. An. 1583. tit.* von wucherlichen *Contract. §.* als haben wir. *5. Ref. Grav. d. An. 1657.* von Kammer-und Rent-Sachen. *gr. 12. Corp. Jur. Sax. p. 1086. Dec. El. 9.*

mercatoribus ad duos vel tres menses, *d. art.* 2. si diutius sors credita mutuo consensu maneat apud debitorem, septunces computantur, hodie quincunces: Est enim & hic casus, quo citra stipulationem vi Legis usura debetur, *d. art. 3.* salva fœnoris nautici ratione, de quo *tit. sequ.* Ex his sequitur, aliis quam Mercatoribus non licere centesimam, ne trimestrem quidem capere, per *dictam Legem Frisicam.* Item si mercator post trimestre spatium pecuniam repetens, eam debitori extorquere nequeat, verum hic eam, creditore volente, retineat, dicendum est, centesimam, durante mora, continuari, per *d. art.* Nisi mora, sicut ante dictum, & mox repetemus, aliquo modo interrupta fuerit.

22. Postremo velim observari, si partes maneant intra terminos licitarum usurarum; non esse prohibitas hujusmodi stipulationes; *Si ad diem non solvas quincunces usuras, debebis semisses, l. 9. §. b.* de quo pacto tanquam fœneratorio dubitatum memini intra fori columnas, negatumque in concursu creditorum alicui talis pacti effectum, re in judicium tamen non deducta. Pœna usuræ legibus prohibitæ, ex L. XII. tabb. erat quadrupli, * Jure Codicis infamiæ, *l. 20. C. de his, qui infam.* quam pœnam ipso Jure, nullo accusationis medio, infligi vult D. Wissenb. ut ne crimen extraordinarium esse videatur, *th. 5. h. t.* Sed pœna ipso Jure competens, non excludit, imo supponit, . opinor, accusandi facultatem, quæ requirit, ut de facto constet: nec dubium, quin ad Stellionatus figuram fœnebre delictum referri possit, *l. 3. §. 1. in fin. de Stellion.* Civilis actio de Usuris illicitis, est Condictio indebiti, forte soluta; vel ea manente, fit imputatio in sortem, *l. 26. in pr. de Condict. indeb. & l. 18. C. de Usur.* Sand. *3. 14. 7.*

FINIS USURARUM.

XXIII. Finis usuræ soluta sorte. XXIV. Ut nec peti possit deinde, quod tamen limitatur. XXV. Tres aliæ limitationes. XXVI. Oblatio & consignatio pro solutione; pariter scil., non oblatio sola. XXVII. Æquatione sortis usuram finiri. XXVIII. Utrum rectius usuræ solutæ & solvendæ, an hæ solæ in duplum computentur. XXIX. Hanc sententiam Frisiæ Ordines secutos; certis tamen exceptionibus ex jure probandis.

23. Finitur usura bifariam, per consequentiam, aut per se. Per consequentiam, quoties obligatio principalis est sublata; tunc enim & usuram ut accessoriam tolli, consentaneum est, *l. 26. fin. pr. C. de Usur. arg. l. 178. de R. J.* non modo si ipso jure, sed etiam, si per exceptionem, veluti præscriptione temporis, sublata sit usura, *d. l. 26. in pr.* Sed pone triginta annis actionem sublatam, an usuræ viginti novem annorum, a quibus scilicet anni 30. non sint elapsi, adhuc peti possunt, quasi initio *præscriptionis* a singulis annis ducendo? sicut est in *l. 7. §. ult. C. de Præscr. 30. annor.* ut usum ejus rei & exemplum habuimus in *fin. libri sexti Parte II. pag. 780. seq.* Non placuit hoc argumentum in usuris, sed nominatim præciditur *in d. pr. l. 26.* ratione disparitatis non obscura, quod in *d. l. 8. §. ult.* jus ipsum, unde pensiones annuæ solvuntur, adhuc est salvum cum *in l. 26.* principalis obligatio ceciderit neque subsistat.

Ac, quamvis mandatum *Reg. d. ann. 1702. d. 12. Jul.* semissales, ac in causis cambialibus, bessales quoque permiserit. vid. Mencken. Disp. *de tutore & Curatore ad usuras ex suo debito usurarum obligato. th. 22. & 24.* alio tamen Mandato recentiore *d. An. 1704. d. 10. Martii* pristinum Jus reducere placuit, adeo, ut, ne quidem volente debitore, nec inter mercatores, aut piis causis, majores usuras accipere liceat. vid. *Mand. El. d. An. 1671. App. Corp. Jur. Sax. p. 23.* Interim in aliis Saxoniæ Provinciis 6. pro 100. stipulari permittitur, teste Richter. *dec. 74. n. 5. sq. & vol. 2. Cons. 264. n. 7.* quas in Cambiis quoque promitti, patitur *d. Mand. Nov. Reg.* Imo tolerantur etiam census Promobiles, die Rutscher Zinsen. vid. LR. *l. 1. art. 54.* qui, si stato die a censito exacti & non soluti sunt, altero die duplicantur, tertio triplicantur ac ob ulteriorem moram amplius multiplicantur. add. Carpz. *P. 2. C. 38. d. ult.*

* Nostrum Jus usurariam pravitatem gravissime coercet. Nam (1) creditor jacturam totius sortis patitur. *Mand. El. d. an. 1625. §.* So wollen. *Corp. Jur. Sax. p. 508.* (2) Usurarii manifesti excluduntur a confessione, absolutione & honesta sepultura, *d. §. j. c. 2. d. Usur. 6.* ac (3) infames habentur & arbitrarie coercentur. conf. Carpz. *Pr. Crim. qu. 92. n. 40. seqq.* Imo debitores quoque usurariam pravitatem reticentes, quarta parte crediti multantur, *d. Mand. §.* so wollen.

24. Quin

24. Quin adeo verum est, obligatione principali sublata tolli accessoriam, ut, si creditori soluta sit pecunia sine usuris, quæ ex mora debentur, usuræ deinde solæ, quippe jam per consequentiam sublatæ, peti non possint, *l. 49. §. 1. de Action. empt. l. 4. C. Depositi* : si modo vere ipsoque jure sublata sit Obligatio principalis. Unde quæsitum est super tali specie; Bona debitoris cujusdam erant distracta, pecuniis a Creditoribus accipiendis e manu præfecti auctionum, cui dies certa lege publica præfixa est; qua elapsa, est in mora, secundum ea, quæ *paulo ante* de obligatione in diem certum, probata sunt. Primi Creditores post moram satis longi temporis acceperant pecuniam, deductis impensis ex venditione redactam, & dederant apocham. Sequentes Creditores deinde seorsim petebant usuras ex mora, quas ille peti posse negabat, obligatione principali per solutionem extincta : Sed condemnatus est ideo, quod solutione facta creditoribus sine cessione debitoris & domini rerum, non erat extincta obligatio principalis, sed Auctionarius se per exceptionem, & jure creditoris adversus dominum tueri debebat : Unde petitio usurarum accessoria, non modo propter æquitatem, sed etiam per subtilitatem juris supererat. Ita decisum *inter F. F. in qual. contra Duconem Nautam Actuarium venditionum publice factarum Harlingæ. d. 13. Octobris 1680.*

25. Quando etiam Creditor, accipiens sortem protestatus est de usuris, non prohibetur eas petere deinceps, quia protestatio conservat jus alioqui subtilitate Legis periturum, *arg. l. 4. §. 1. Quib. ex caus. pign. solv.* ac ita in hac ipsa quæstione Sandius *3. 14. 10.* Hinc etiam sequitur, si quis in judicio. petierit sortem & usuras non omnes, verum ad certum tempus usque, solutione facta, reliquas usuras non posse peti ; cum in parte, quoad partem, sit idem juris, quod in toto quoad totum, *arg. §. 10. Inst. de Fideicom. hered.* Disputatum ea de re est apud Curiam in tali specie. Titia petierat a Cajo mercedes ex agris sibi restitutis perceptas, cum usuris usque ad litem contestatam extensis, atque in eam summam adepta erat condemnationem. Hac soluta, deinde per *declarationem*, petebat usuras temporis post litem contestatam, sine nova litis contestatione. Rejecta erat non simpliciter, *sed, uti procedebat.* intelligebat igitur, se nihil impetrasse propterea, quod cum nullam haberet condemnationem, sine judicio, per simplicem declarationem usuras petiisset. Idcirco nova petitione petebat usuras, etiam quæ post litem contestatam cessverant, & quæ ab initio petitæ sine dubio adjudicatæ fuissent. Verum ut heic & nunc erat, non videbatur jus illas petendi superesse; quia ex mora veniebant, nec ulla causa, principali obligatione sublata, nitebantur. Sed quia Creditrix allegabat, etsi non plene probaverat, se esse protestatam de Usuris postea cessuris, & ob alias rationes æquitatis, tum quidem obtinuit. *Dorothea a Walta, contra Margaritam a Walta cum soc. d..... 1681.* Ex his intelligitur, si usuræ propriam habeant causam, ut non ex mora, sed ex stipulatione speciali vel sententia debeantur, tum solutione sortis sine protestatione acceptata, non cessare tamen petitionem usurarum, per *d. l. 49. §. 1. de Action. Empt. l. 8. vers. ibi enim. D. Quod certo loco.* ut probat & judicatum refert Sandius *d. def. 13.* Verum si principalis obligatio non per solutionem, sed alia rescindente vel adnihilante causa sit extincta, tum usurarum petitio indistincte tollitur & evanescit, *d. l. 26. in pr. C. h. t.*

26. Solutioni æquiparantur oblatio & consignatio pecuniæ, * quibus pariter factis, desinit usura deberi, *l. 1. in fin. l. 6. l. 9. & l. 19. C. eod. l. 28. §. 1. de Administr. & peric. Tut.* Ex quibus satis perspicue probatur, oblationem solam ad hunc effectum non usquequaque sufficere; quia post eam debitor non cessat uti pecunia, cujus idcirco debere pergit usuras. Aliud esse putant nonnulli cum usura ex mora, quæ per oblationem tollitur & purgatur, ut docent *l. 73. §. ult. & l. 72. in pr. de Solution.* debetur. Alii frequentem oblationem putant depositionis & obsignationis loco esse, quia sum constat, debitorem usum non esse pecunia. ** Sic D. Wissenbach ad *h. t. th. 25.* idque propter *l. 122. §. 5. de V. O.* ubi, *Si Seja non cessasset offerre pecuniam, usuras jure non deberi.*

* Hac ratione debitorem a cursu usurarum se liberare, permittit *Dec. El. 27.* si forte judex de non solvendo præceptum emiserit, quod si enim pecuniam judicialiter deposuerit, vel in judicio obsignari curaverit, & a peculio sortis & a præstatione usurarum immunis est, Finckelth. *Obs. 19.* Philipp. *ad d. Dec. Obs. un.* j. Carpz. *P. 2. C. 30. d. 34.*

** Ob eandem rationem ab usuris *d. Dec. 27.* absolvit debitorem, qui Jurejurando, aliave ratione probat, se post emissum de non solvendo præceptum, pecunia credita non fuisse usum, licet eam judicialiter haud

item ob *l. 4. C. de usur. pup.* Occupavit ad hos textus responsionem D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Sed hac limitatione non videtur opus, tum quia ad l. 122. §. 5. de V. O. *etiam responderi potest ex* Part. I. Tit. quib. mod. toll. oblig. posit. 42. *tum, quia in* l. 4. C. de Usur. pupill. *specialis casus est de tutore, cujus debitum non est liquidum ante redditionem rationum, nos vero loquimur de debito liquido.*

RESPONSIONIS plenioris causa velim sequentia serviant: Nos ipsi limitationem Wissenbachianam paulo superius intercepimus diversa interpretatione verborum, *si non cessasset*, in *d. l. 122.* Responsio, quam Thomasius suggerit ex *positionibus nostris*, hæc est; quod e legibus oblationem & obsignationem pariter requirentibus supplendi sint textus, qui de oblatione sola loquuntur. Nisi & hoc videatur; in illo *§. 5.* pœnam videri esse fidei ruptæ & temerariæ litigationis; tribus sententiis consonantibus refutatæ, ne quis pecuniæ injustissime recusatæ usuras insolenter petat; cujusmodi malitia, præter responsionem Thomasii, offendit etiam in *d. l. 4. C. de Usur. pupil.* Hoc etiam tenendum, si non fuerit cui solveretur, usuram, quæ ex mora venit, non deberi, ut si pupillus non habeat tutorem, vel peregre abfuerit creditor, *l. 17. §. 3. h. l. 7. §. 2. de Minor.* Ejus enim temporis inculpata mora est, *l. 9. §. 1. h. t.* Quid enim imputari potest ei, qui solvere etiam, si vellet, non potuit? *d. l. 17. §. 3.* Quando obsignationi locus est, hæc in publico apud officium Judicis fieri debet, *l. 19. C. h. t.* ad cujus anceps damnum evitandum fit aliquando, ut Creditor se pecuniam habere pro consignata profiteatur, & tunc usuras quoque cessare consentaneum est; etiam vero, si judex, vel is, apud cujus officium fit obsignatio, idem apocha tradita sit confessus. Sand. *3. 14. 13.*

27. Diximus, quomodo per Consequentiam Usura tollatur; videamus, quo pacto per se finiatur. Id fieri *Conventione contraria*, tralatitium est; sed inprimis huc pertinet *Æquatio sortis*; Nec enim placuit, Usuram, quæ est accessio, fieri sorte majorem principali, & hoc est, quod dicitur, usuram non posse *duplum* excedere, *l. 26. §. 1. de Condict. indeb. l. 10. C. de usur.* quemadmodum fere id omnibus linguis accidit, ut æquipolleant hæ formulæ, *dimidio plus, altero tanto plus & duplo plus vel majus.* Sed in duplo non computantur usuræ solutæ; *Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*, verba sunt *d. l. 10.* Placet audire Wissenbachii nostri ἐπίκρισιν. Hoc *Antonini Rescriptum*, inquit *th. 23. sanaratione destituitur. Ita enim meliore conditione erit acerbus usurarum exactor, creditor, quam benignus dilator; & rursus ex contrario, deteriore conditione erit diligens in solvendis usuris debitor, quam tardus & morator, contra l. 33. h. & l. 8. de Compensat.* Cujus *iniquitatis*, pergit, *admonitus Justinianus, constituit* in *Nov. 121. & 138. usurarum solutiones particulariter factas coacervari & in duplum computari, abrogata d. l. 10.* Quanquam & ante Justinianum Græci Impp. idem statuisse videntur, ut ex *l. pen.* de basilicis excerpta, *d. tit. C. de Usur.* intelligimus, ubi; *Usuræ minutim & per intervallum solutæ, cum duplo compensantur;* quem textum D. Wissenbach ut ὁμόψηφον *d. l. 10.* citat, minus attente inspectum.

28. Quod ad censuram Wissenbachianam attinet, non possum, quin valde ab eo dissentiam. Puto, civilius & prudentius consultum ab Antonino, quam a Justiniano. Nam, ut antea diximus, Legislator in moderandis usuris id inprimis spectat, ne homines angusta & inclinata re, destruantur; quales solent esse, qui usuras solvere nequeunt, creditoribus quidem raro cunctantibus exigere: Qui autem usuras prompte solvunt, non sunt in eo statu, ut egeant hoc levamine: Sic igitur nihil est causæ, quamobrem usuræ solutæ cursum usurarum solitum abrumpere debeant. Nec ideo placet distinctio Facultatis Wittenbergensis, utrum creditor fuerit in mora exigendi, an debitor in mora solvendi, ut tum scilicet huic parcatur, referente Strauchio *Dissert. Justin. 28. th. 16. in fin.* Præterea movet hæc ratio; quod regula, ne accessio major sit principali, tum proprie locum habeat, quando sors uno loco, & usura in cumulum redacta opposito loco consistit; Ut tunc usura sorte sit major, equidem est absurdum, sicut habet *d. Lex 10.* sed usura soluta

deposuerit, imo debitorem quoque, qui literas Moratorias impetravit, in usurarum præstationem in solidum condemnari, non patitur *Dec. 30.* si probare possit, se, durante quinquennio, pecunia ac facultatibus suis uti non potuisse. j. Philipp. *ibid. Obs. un.* licet regulariter hujusmodi literæ cursum usurarum non sistant, sed exactionem tantum differant. *d. Dec.* add. Ant. Fabr. *Cod. l. 1. tit. 9. def. 8.*

οἴχεται, abiit & est transmissa, nec, ut accessio quæ non est amplius, considerari potest. Tertia ratio; per sententiam Justiniani, nulla fœnebris pecunia, pro qua semisses usuræ solvuntur, ultra *sedecim* annos, usuris licet annuatim solutis, durare posset; quod pupillis, viduabus, & civitatibus præpostere cederet, quando bene collocatas sortes, e quarum usuris vivunt, eodem loco, ne apud Rempubl. quidem, nisi gratis, relinquere non liceret. Wissenbachii & eorum quos ille sequitur, rationem parvi esse momenti, satis ex dictis colligas. Non opus est, ut creditor, qui recepit usuras, fuerit acerbus exactor; Potuit esse *cum efficacia benignus, & cum instantia humanus*, ut est in *d. l. 33. h. t.* neque tam debitor impudens, quam impotens morator, cui subveniendum sit, præsumendus est.

29. Has rationes sine dubio in conspectu habuerunt Illustres Frisiæ Ordines, quando per Edictum anni 1613. constituerunt, usuras *non solutas*, sortem non posse superare; annuatim vero *solutas*, * quamvis semel sortem æquaverint, tamen sorti postea non imputari, teste Sandio *3. 14. 5. in fine*, postquam docuerat, Legem de duplo non excedendo, pertinere ad omne genus usurarum, etiam pupillarium, ex stipulatione vel mora, pretio quoque non soluto, debitarum; quia *Lege non distinguente vel excipiente, nostrum non est, distinctiones aut exceptiones comminisci*, secus ac Autores, *quos ille citat.* Saltem si ex rationibus Juris non proferantur exceptiones, quales sunt duæ, quas collocabimus. Prima, quando debitor est condemnatus in sortem & alterum tantum usurarum: ab eo tempore, quia novatur prior contractus & nova inducitur obligatio, novus incipit cursus usurarum de sorte condemnationis, ut ipse probat Sandius *d. l. tit. 14. def. 11.* Altera exceptio esse videtur in usuris compensatoriis; Quamdiu usuræ non excedunt modum damni vel lucri cessantis, quod creditor vere se passum vel passurum demonstrat, nulla datur ratio cursum usurarum abrumpendi, ut erat in casibus supra in quæstione de usuris usurarum. Quando reus ex alieno agro tot annorum fructus percepit, ut duplum egrediantur, quis dubitet, in illis cessare constitutionem dupli; cum alioqui regula naturalis æquitatis, ne quis ex alieno locupletior fiat, offenderetur; atque ita in prædictis casibus usuris loco fructuum computatis a Curia Suprema judicatum est, ante magnas ferias 1679. & 1680. Carpzov. *part. 2. C. 30. Def. 28. n. 3.*

DE EO QVOD INTEREST.

XXX. Quid sit. XXXI. Ejus regula prima de duplo non excedendo in casibus certis, & usus ejus. XXXII. Regulæ contraria in casibus incertis & alias, usus. XXXIII. Sintne delicta casus certi, an incerti. XXXIV. Secunda regula, ne lucri & damni ratio sit extraordinaria, exemplo illustratur. XXXV. Tertia regula.

30. EXplicata est pars prima Rubricæ de Usuris, quibus admodum affine esse ID quod INTEREST, aliquoties intelleximus. Est nihil aliud quam Æstimatio damni illati & lucri cessantis. *Interesse*, inquit Paulus, *est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui, l. 13. ff. Rem ratam haberi.* Tres ad æstimationem illam gubernandam regulas, habuimus in *Parte I. tit. de Action. n. 19. pag. 406.* de quibus luculenter agit Perezius *ad tit. C. de Sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Usus earum regularum saluberrimus est, si recte applicentur; sicut e contrario videre quidem contigit, earum neglectum in foro producere, quod Imper. in *d. l. un.* devitare voluit, ut *quibusdam machinationibus, id quod interest in circuitus inextricabiles redigeretur.*** Addemus exempla quædam memoriæ nostræ.

31. Regula prima olim exposita est; *Ne id quod interest in casibus certis excedat duplum.* Quidam conduxerat prædium officinæ figulinæ, quod locatores ob neglectam renunciationem veteri conductori faciendam, præstare non poterant, ideo condemnati sunt in id quod interesset. Conductor probaverat, se potuisse in illo anno lucrari

* Jure Saxon. Electorali, non modo particulariter præstitæ usuræ ultra alterum tantum recte accipiuntur, sed etiam nondum solutæ peti possunt, si creditor doceat, se debitorem de facienda solutione, judicialiter interpellasse, *Dec. El. 29.* ibique Phil. *obs. 1. j.* Carpzov. *Pr. Crim. qu. 92. n. 59. Id. l. 4. Resp. 48. n. 2. seq. add. Dec. El. 8. & 9.*

** Hos circuitus ut evitent, permittit creditoribus ex singulis centenis quinque, tanquam interesse moræ, petere *P. 2. C. El. 30.* Torgauisch Ausschreiben *d. an. 1583. rub.* von Wucher. §. als haben wir. Carpz. *l. 4. Resp. 50. n. 22. sq.* Id. *P. 2. C. 30. def. 1.*

mille florenos & amplius; denique condemnationem in tantum adeptus est. Atqui non debuisset ultra trecentos florenos consequi, quia merces annua prædii non excedebat 150. Carolinos, quod erat *simplum*, & contractus locationis est *certus*, id est certæ quantitatis, tales autem duplum egredi non possunt, *d. l. un.* Alias: Venditæ erant terræ palustres, unde cespites ustiles effodiuntur, eæque evictæ fuerant, ac ita venditores in id quod interest tenebantur. Contractus erat certæ quantitatis, ideoque non poterat id quod interest excedere duplum pretii. Emptores probaverant lucrum cessans, credo, ultra sextuplum; Venditoris Advocati non utebantur hac regula; *Ne ultra duplum.* quæ regula incredibile est quam vulgo ignota visa sit. Res ire videbatur ad condemnationem, nisi ex officio hæc regula suppleta fuisset; nec tamen eo tempore decidi potuit, nec quo pacto definita sit, intellexi. Nihil certius erat, quam ultra duplum pretii non posse id quod interesset, æstimari; utcunque liquidissime probaret Actor, sua multo pluris interesse, quod non modo ex *d. l. un.* constat, sed etiam juri veteri consentaneum est, *l. 13. §. 26. de Action. empt. l. 9. & l. 44. de Usur. l. 4. de Naut. fæn. l. 15. de Usur.*

32. In casibus incertæ quantitatis, ut sunt Facta, possessio, & similia, cum nullum simplum sit, Regulam dupli cessare necesse est, *d. l. un.* Perez. *ibidem n. 12.* Quin etiam in certis casibus hæc est notabilis limitatio; Si quis *ob dolum* in id, quanti interest, condemnatus sit, eum in omne quod vere interfuerit, etsi ultra duplum, teneri, *l. 13. in pr. de Act. empt.* Perez. *ibid. n. 11.* cum quo conciliare vix possum, quod idem *n. 19.* tradit, si petatur id quod interest, propter culpam quoque in tradendo commissam, excedi posse duplum. Quod in hanc rem ex *l. 6. §. 4. de Action. empt.* & ex *l. 19. §. 1. Locat.* profert, id mihi potius aliam suggerit limitationem regulæ de casibus certis & incertis; Nempe, quod contractus certi recipere possint incertos casus accessorios: ut si venditor recipiat, integrum esse vas, quod integrum non sit. Ejusmodi qualitatis consequentia per *effusionem*, plane est incerta, cujus nullum extat simplum; ideoque nec ad duplum restringi potest hoc e *d. l. 6. §. 4.* Dein & sine conventione, damna quæ ex facto alicujus speciali immediate oriuntur, ab illo simpliciter ut accessiones præstari debent, veluti, quando vas pertusum ignoranti venditum est, ut liquor inde multus effluxerit, *d. l. 6. & l. 19.*

33. Cæterum, ex eo quod diximus, ob dolum posse duplum excedi, pendet decisio Quæstionis, an & delicta, quatenus in illis de eo quod interest, quæritur, regulæ dupli subjecta sint, negante Perezio, contra Glossographos ad *d. tit. n. 20.* Quatenus in delictis dolus, ut plerumque, vertitur, non potest dubitari; si culpa duntaxat, ut in Lege Aquilia, pretiumque rei perditæ vel corruptæ certum sit, videbatur esse locus *d. l. un.* Sed obstat *arg. d. l. 6. & l. 19.* specialis reatus facti. Postremo si conventione partium, id quod interest per modum pœnæ definitum sit, verius est, constitutionem generalem non prohibere, quo minus Pactio valeat, ut probant Perez. *d. l. n. 21.* & Tulden. ad *d. tit. n. 5.*

34. Secunda regula moderatrix ejus quod Interest, ponitur, *Quod lucrum cessans non foris, vel fortuito eveniens computetur, verum quod circa rem consistat, & ordinarium, non quod exquisitus aliquando casus obtulerit, l. 21. §. 3. de Act. empt.* Cujac. *9. obs. 31.* Perez. *ibidem n. 15. & seq.* sub eadem exceptione, *nisi dolus arguatur*, vel *proprium* culpæ *factum* post contractus perfectionem supervenerit, *d. l. 13. in pr. de Act. empt. d. l. 19. §. 1. Locat.* Etenim tunc omne damnum vel lucrum cessans, etiam fortuitum, & ultra duplum præstari jubet cum lex, tum ratio juris; utcumque etiam alteri aliquid omissionis objici possit. Placet exemplo rem denuo illustrare. *Hippolytus ab Arssen* emerat ab alio cespitifodinas, hac Lege, ut venditor emptori liberum navigationis exitum præstaret in fossam communem. Emptor fossa peculiari ducta versus illam communem, repperit ibi orbem terræ modicum sibi non venditum, sed a venditore ibi studio relictum, ut emptori exitum in communem fossam, quod satis constaret, obstrueret. Condemnatus est venditor in id quod Emptor is interesset. Cum ad taxationem ejus quod interest perventum esset, Victor probabat, diurnum opus cespitum, ut loquuntur, illa æstate, qua impeditus fuerat, constitisse quadragenis florenis, postremo recidisse ad vicenos, pro quibus deinde coactus erat vendere suos cespites. Hoc damnum, vel lucrum cessans, ingentem pecuniæ summam, & longe forsan ultra duplum totius agri venditi, efficiebat. Alter hæc objiciebat; I. Pretium illud ingens cespitum fuisse extraordinarium. II. Damnum ex facto venditoris non necessario secutum esse; Nam si Em-

Emptor alia regione fossam duxisset propriam, non obstante orbiculo terræ intermedio, in communem fossam venire potuisset. III. Potuisset, ubi ad obstaculum terræ pervenerat, ponte facto, ut postea fecerat, confestim cespites in communem fossam transvehere, & ex continenti vendere; Proinde quod damnum mora suaque negligentia passus erat, id venditori non posse imputari. IV. Emptori oblatos fuisse pro singulis *operibus diurnis* cespitum, binos supra triginta florenos, quos cum recusasset, ipsi esse imputandum id lucrum cessans. Proinde venditorem non teneri, nisi forte ad impensas pontis deinde facti, & cespitum transportatorum. Quod ad primam rationem attinebat, pretium illud maximum illa tempestate commune tota Frisia fuerat, quale fori incrementum, licet inexpectatum, non potest effugere ejus quod interest æstimationem; & præterea per Dolum hic prætextus excludebatur, *d. l. 13. in pr.* Secunda fero allegabatur, postquam venditor in id quod interest erat condemnatus; nec antea potuerat obstare, quia probatum erat, venditorem data opera, hoc est dolo, terram intermediam reliquisse, ut impediret, quod ipse præstiturum se receperat. Tertia ratio non proderat etiam Venditori, propter suum dolum, & quia pontis confectio res erat inventionis novæ, quam non erat mirum, emptori non statim in mentem venisse, ut testes etiam nonnulli ratiocinabantur. Nec *quarta* ratio dolum Venditoris excusare poterat, ut nec emptori imputandum fuerat, quod, cum cespites constarent 40. noluisset eos vendere pro 32. Quanquam juris igitur rationes pro *Triumphante* militare viderentur, tamen ut est hujus rei praxis valde lubrica, & tantum non arbitraria, factum est, ut Venditor vix ultra quam obtulerat, sit condemnatus πληθυντικῶς *d. 16. Septembris 1680.*

35. Ultima regula, *Quod non affectio domini, sed æstimatio communis spectanda sit*, *l. 33. D. ad Leg. Aquil.* patitur eandem doli exceptionem, propter quam actori licet in infinitum, pro affectione sua, taxare id quod interest. Quod est officium Jurisjurandi in litem, de quo satis actum *Part. II. tit. de In litem jurando.*

DE FRUCTIBUS &c.

XXXVI. Quando & in quibus Judiciis fructus præstentur. XXXVII. An usuræ fructuum præstentur, & quatenus ex legibus, aut usu fori. XXXVIII. Causa quid, & quotuplex. XXXIX. De Accessionibus. XL. Effectus Moræ superius omissi respectu debitoris. XLI. Alii respectu Creditoris. XLII. Casus quibus mora finitur.

36. Secunda pars est de Fructibus, de quibus agere occupavimus in *Parte I. pag. 114. & seqq.* Rursus *in Parte II. pag. 760. & seqq. & pag. 770. sq.* Heic loci monendum vel repetendum, Fructus in bonæ Fidei judiciis a tempore moræ deberi, tam si mora sit ex Re, quam ex persona, *l. 32. §. 1.* juncta *l. 34. h. t.* veluti in causa dotis, *l. 38. §. 1. h.* Imo etiam in strictis actionibus, quoties æquitas ita dictat, ut in condictione rei indebite solutæ, *§. 2. d. l. 32. & l. 51. de Cond. ind.* in repetitione rei mortis causa donatæ, *§. 3.* in legatis & fideicommissis, *l. 3. pr. h.* In revocatione rerum in fraudem creditorum alienatarum, *§. 4.* Additur, in repetitione rerum vi metuque ademptarum, *§. 5. & 6.* Sed hoc referri potest ad locum communem, quo dictum est alias, malæ fidei possess res ad omnes fructus restituendos teneri, hoc est, a tempore scientiæ, *l. 23. §. 1. & l. 48. de A. R. D.* quæ cum per interpellationem acquiratur, dicendum videtur, ex mora personali fructus semper & indistincte esse restituendos. Sed absque mala fide sic est regula; Fructus in strictis juris contractibus a lite contestata esse præstandos, *d. l. 38. §. 7. h. l. 91. §. ult. de Leg. 1. l. 22. C. de R. V.*

37. Hoc & alias expositum: Sed quæsitu dignum est, an fructuum perceptorum usuræ a condemnato præstentur. In *l. 15. h. t.* negatur, tam de fructibus ante, quam post litem contestatam ex officio adjudicatis: Atqui de fructibus ante, non post litem contestatam perceptis, usuras deberi, scriptum est in *l. 51. §. 1. de Hered. Pet.* quod est ἀπεροσδόκητον: Nam post litem contestatam præstationes sunt pleniores, & conditio actoris exinde fit melior, *l. 86. de R. J.* Sed ratio petitur ex intima juris philosophia. Non placet accessionis dari accessionem; fructus sunt accessiones fundi; Usuræ quoque sunt accessiones, Ideo non possunt accedere fructibus. Cur igitur in Hereditatis petitione? Quoniam in illa fructus non sunt accessiones, sed pars hereditatis, veniuntque in ipsam hereditatis petitionem, *l. 20. §. 3. de Hered. petit.* cum in petitionibus rerum singularum veniant ex officio Judicis, *d. l. 15.* At in ipsa heredi-

hereditatis petitione, fructus post litem contestatam percepti, cum in petitionem venire nequiverint, ex officio adjudicandi sunt, ac ita fiunt accessiones incapaces usurarum, *d. l. 51. §. 1.* Nec aliter in foro servandum, docet Faber *l. 5. C. tit. 2. def. 4.* ubi diserte addit, ita juris esse, tametsi fructus certa quantitate fuerint æstimati, vel usuræ sint taxatæ; non magis enim fructuum usuras, quam usuras usurarum deberi; Idem Brunnemannus *ad d. l. 15.* Quod ab usu fori nostri, ut *supra* intellectum est, abhorret, ubi fructuum in condemnationem deductorum, si quantitatis æstimatæ sive *taxatæ* sint, usuræ sine dubitatione, tam ante litem contestatam in judiciis bonæ fidei, quam postea, præstantur & adjudicantur. Mornacius *ad l. 15.* accipit eam de fructibus in specie perceptis, non de æstimatione eorum pecuniaria, cum ait, illi esse derogatum per *L. frumenti. 12. C. h. t.* quæ statuit, hordei vel frumenti mutuo dati accessionem præstari; quin & in oleo ac quibuslibet fructibus, accessio ejusdem materiæ Usura dicitur, *l. 23. eod.* ut *supra* vidimus. Esse hanc veram *L. 15.* cum *d. l. 51.* comparatæ sententiam, haud fidenter dixerim; Sed habet æquitatem civilem: Satis enim grave videtur de possessoribus etiam malæ fidei, qui de fundis alienis certas mercedes tot annorum pro fructibus acceperunt, eos sine usuris illas pecunias restituendo defungi. Qui vero fructus ipsi perceperunt, postquam hi cum impensis collati, liquida pecuniæ summa æstimati sunt, quid est iniquum in eo, quod ab illo tempore quantitatis illius usuræ præstentur? imo illudne quidem in *l. ult. C. de usur. rei jud.* prohibitum videri, diximus *antea.* Sic etiam habet usus; sine scrupulo Fori nostri. Apud Sandium non nihil hac de re, tam frequentis usus, cum legibus ita confligentis, collocatum vellem. Plura de fructibus & eorum compensatione cum expensis occupata sunt apud *tit. de Rei Vindic. n. 7. & seqq.*

38. Pars *tertia* Rubricæ de CAUSIS loquitur. Quam *πολύσημος* illa vox sit, exponit copiose Brissonius *de V. S.* voce *Causa.* Ad hunc locum pertinet significatio, quod *Causa* sumitur pro omni qualitate & utilitate, quæ circa rem vertitur, ut Cujacius ad *h. t.* Hæc definitio indicat, esse duplicem causam, internam & externam. Ad internam pertinent qualitates rerum, ut bonitas, fertilitas, immunitas prædiorum, libertas hominis, agilitas, integritas, jumenti. Ad externam referuntur, quæ a rebus ipsis manant, ut partus ancillæ, qui non est in fructu, *§. 37. I. de A. R. D.* fœtus ex fœtu, qui fuit in fructu, Cujac. *h. t.* plane etiam fructus ipsi, sub causa generaliter sumta comprehenduntur, *l. 2. & l. 38. §. 7. h. t.* Tu rogabis, quæ sit ratio appellationis; Nam quæ sunt enumerata, magis ad effectus quam ad causas pertinent. Non possum reddere meliorem, quam dat Justinianus in *§. 3. I. de Off. Jud. Non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum, sed opus est, ut etiam rei CAUSAM debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.* Per *Causam* ibi Conditionem sive statum rei, de qua agitur, intelligere videtur. Plerumque Causa negotium ipsum denotat, causa hereditatis, causa fideicommissi, alia causa, *l. 5. de R. J. & l. 12. de Solut.* Sic in omnem *causam* fidejussor obligatus, *l. 54. Locati.* Inde tropus facilis pro conditione & qualitate causæ. Sic in omnem conditionem obligatus, idem quod in omnem causam, *l. 68. §. 1. de Fidejuss.*

39. Tandem quoque pars IV. Rubricæ, quæ est de Accessionibus, etiam fructus atque causam continet; addit tamen aliquid prioribus, scilicet alluviones & avulsiones, insulasque in fluminibus natas, item consolidationes, *de quibus alibi dictum est.*

40. Postrema & V. Rubricæ pars de *Mora*, jam occupata, potest heic loci adhuc capere exhibitionem effectuum, qui inde apud Leges oriri dicuntur. Præcipui effectus sunt a parte debitoris, I. Quod res sive species debita, post moram commissam sit ejus periculo & pereat ejus damno, *l. 23. & l. 82. §. 1. de V. O.* nisi casus, quo res periit, ejus generis sit, ut res apud ipsum Creditorem æque periisset, velut, si res sua natura intercciderit, *l. 14. §. ult. Depos.* quod tamen non semper usquequaque procedit, ut videre est in *l. 15. §. ult. de R. V.* Addenda quoque est regulæ hæc limitatio; Nisi dolus creditoris intervenerit, quem in illo casu solum præstat, *l. 17. de Peric. & comm. rei vend.* II. Effectus secundus est, quod mora perpetuat obligationem, *l. 91. §. 3. sequ. de V. O.* etsi dies fuerit adjectus, quoadusque duraret, *l. 95. §. pen. d. Mandat.* III. Tertius effectus; Mora facit, ut fructus & usuræ in bonæ fidei judiciis exinde debeantur, quod *supra* expositum est ex *l. 32. §. 2. l. 34. & l. 38. h. t.*

41. Respectu *Creditoris* Mora quem habeat effectum, similiter demonstratum est; si recusaverit

verit debitum opportune oblatum, ipsius periculo sita est res debita, *l. 30. & l. 72. pr. de Solut.* Cui adde, quod distractio pignoris jure Creditoris facta, post moram a se commissam non valet, *l. 8. C. de Distract. pign.*

42. Sed nec obliviscendum, hos effectus cessare Purgatione moræ, quæ fit oblata debito, re adhuc integra, ut eleganter docet *d. Lex 91. §. 3. de V. O.* item per novationem, *ex l. 8. pr. de Novat. l. 72. §. 1. de V. O.* An & Compensatione reciprocæ moræ, tolluntur ejus effectus? Ita videbatur, quia dolum mutuum compensari jam pridem intelleximus, *l. 57. §. ult. de Contrah. empt. l. 3. §. 3. De eo per quem fact.* Sed vix est, ut hoc usum habeat alibi, quam in transitoriis commissis: In his, quæ tractum temporis habent, posterioris effectus durat. Atque ita posterior mora nocet ei, per quem stetit, quo minus solveretur, aut solutio acceptaretur, *l. 17. de Peric. & Comm. rei vend.*

Tit. II.
De Fœnore Nautico.

I. Quid Fœnus Nauticum, & an usus ejus reprehendendus. II. Quantitas ejus. III. Analogiam ejus ad quasdam terrestres obligationes extendi.

NUsquam usuræ laxior facultas, quam in negotiationibus maritimis, propter lucri abundantiam, exercetur. Qua cum periculi magnitudo non sit minor, sæpe fit, ut pecunia navigantibus periculo Creditoris mutuo detur, quæ a trajiciendo mare, dicitur pecunia *trajectitia l. 1. & pass. h. t.* ejusque periculi respectu usuram capere licet centesimam, *l. 4. h. l. 1. & 2. C. h. t. & l. 26. §. 1. C. de Usur.* quæ ob sortis, inquam, evidens periculum nihil habet iniquitatis, etsi Pontifex aliter in *c. naviganti. 19. X. de Usur.* nec non Plutarchus *Comparat. Demosth. & Ciceronis;* qui cum narrasset, Demosthenem se Regiis largitionibus corrumpi passum fuisse, πρὸς τὰς δωρεὰς ἀντιβλέψαι οὐκ ἂν ἐτόλμησεν. *Ad largitiones oculos vertere non fuisset ausus*, inquit; mox addit false, οὐδὲ ἦν τοῦτο τὸ ἔργον ἀνθρώπου δανείζοντος ἐπὶ ναυτικοῖς. *Neque vero expectandum hoc erat*, inquit, *ab homine, qui usuras nauticas exerceret.* Puto Demostheni in civitate, maritima negotiatione florente, non fuisse vitio vertendum, quod pecuniis suo periculo navigantibus credendis Mercaturæ adderet vigorem: ac ita, censent hodie prudentissimi quique Civitatium, in quibus mercatura viget, moderatores.

2. Quin etiam quia periculorum magnitudo & multitudo mirifice variat, prout magis minusve longinquum est iter, & sæpe mare infestum est oris barbaricis atque piratis, inde moribus hodiernis receptum est, ut pretium periculi pro ratione formidinis, hoc est usura, crescat & augeatur, etiam ultra centesimam, teste Grotio *lib. 3. Introd. c. 11.* Molinæo *de usur. n. 93. & seqq.* Grœneweg. ad *l. 26. §. 1. C. h. t. n. 2.* Notum est hoc genus usuræ vocabulo *Bodemerjie*, ad voce *Bodem*, id est, *fundo navis.*

3. Quin etiam in terrestri negotiatione, quoties pecunia creditor hac conditione, si debitor eventu prospero negotietur, recipiat creditor pecuniam, secus eam perdat, usuram pro modo periculi augeri posse, docet *Lex 5. h. t.* De cujus intellectu & lectione, videatur Cujacius *9. obs. 18.* Wissenbach ad *h. t. th. ult.* Quam primum vero transierit PERICULUM, cessat etiam usuræ augmentum, *l. 4. h. t.* ut &, si per creditorem steterit, quo minus pecuniam, etiam intra certum tempus præstitutum accipiat, *l. 8. h. t.* Adeoque & sine stipulatione trajectitium fœnus incipit deberi, *l. 5. §. 1.* & sola oblatio cursum trajectitii fœnoris sistit, *d. l. 8. h. t.*

Tit. III.
De Probationibus.

I. Continuatio & partitio. II. Quid probatio sit: eam non posse nisi plenam esse. III. Fieri bifariam, artificialiter, & inartif. Illam posse fieri per argumenta probabilia cumulata, etiam in criminibus: ubi de exemplo apud Sandium 5. 9. 14. IV. Alia duo exempla. V. Fama, Confessio, Jusjurandum, an species probationis sint. VI. Quis probare debeat. VII. Quo tempore facienda probatio. VIII. De interlocutione probandi causa. IX. De articulis probatoriis. X. De reprobationibus, earumque termino. XI. An probationes unius judicii locum habeant in alio.

Quan-

QVanquam Titulus de Probationibus ad caput de Judiciis commode referri poterat, nec forte non debuisset, heic tamen suum locum facile tuetur; quatenus nusquam crebrius de Probationibus, quam in materia contractuum, qui sunt de factis sæpe dubiis, & de quibus in superioribus libris actum est, disceptatur. Rubrica duas habet partes de probationibus & de Præsumptionibus. Doctrina de Probationibus, constat definitione, & ejus exegesi, qua divisiones in transitu complecti licebit, hoc modo:

2. Probatio nihil est aliud, quam *Legitima fides, Judici facta de veritate rei dubiæ, secundum actoris, aut aliquando secundum rei intentionem.* FIDES hic est persuasio, Græce πίςις, quod est a πείθω *persuadeo.* Nam probatio sic instituenda est, ut judici facultas sit, ex animi sui sententia, quid sine dubitatione credere debeat existimandi, *l. 3. §. 2. de Test.* ubi quidem verba *sine dubitatione* non habentur, sed ex sui animi sententia, quæ est προαίρεσις, aliquid statuere, id equidem cum dubitatione consistere non potest. Fides vacillans & titubans non persuadet: Sed oportet plene convictus sit judex, qui *ex animi sententia*, quid sit credendum, decernat. Unde patet, *semiplenam* probationem esse contradictoriam, atque ad alteram tituli partem *de præsumptionibus esse referendam.* Inde & sequitur, divisionem probationis in plenam & semiplenam, non esse juridicam. Qui aliter sentiunt, usum semiplenæ probationis præcipuum, in uno teste, demonstrant; quasi cum duo testes faciant *plenam* probationem, unus testis *semiplenam* facere debeat, quod arithmetice procedit, Juridice non potest, si verum est, quod ait *Lex 9. §. 1. C. de Testib.* unum testem, præclaræ licet Curiæ honore præfulgentem, nullo modo esse audiendum: Unum testem esse nullum, εἷς μηδείς. Olim unius testis non omnino nullam rationem habitam fuisse oportet, ex eo quod in *d. l. 9. §. 1.* habetur; Sanximus, *ut unius testimonium nemo* Judicum in quacunque causa *facile* admittat; mox, *Et nunc sancimus, ut omnino non audiatur.* Unde liquet, immerito a Wissenbachio nostro ex particula *facile* collectum esse ad *tit. de Test. n. 32.* aliquando in causis civilibus unius testimonio stari posse. Hoc enim non est minus quam dicere; Testem unum semiplene probare, quod tamen ipse negat *ad h. t. th. 3.* Ex verbo *facile*, quod ad jus antiquatum pertinet, nihil est quod ad usum præsentem colligamus. Jam hac de re locuti sumus ad *tit. de Jurejur. n. 13.* idemque locus *paulo inferius* iterum occurret. Verum tamen est, doctoralem hanc esse divisionem in plenam & semiplenam, & in tritura Fori celebrem; nec desunt qui ex ipsa juris arte petitam prædicant, quod procul a vero.

SCHOLIUM.

Ita videlicet Autor fuit edoctus a Wissenbachio, ad h. t. th. 3. *qui propterea Johannem Monachum, Professorem quondam Lipsiensem notavit. Nos causam non videmus, cur ab illa divisione recedamus. vid. ad* Strauch. XXV. 8. p. 363. Lex 9. §. 1. C. de Testib. *uti varias limitationes admittit, quas vide apud Brunnem.* ibid. *ita nihil aliud dicit, quam quod unicus testis* non facile *debeat admitti, & sic a Judice plane non audiri, scilicet ut probationem plenam faciat, & ut ei credatur.*

RESPONSIO.

Qui crebras dissensiones *meas a Wissenbachio* alibi *notat, hinc facile discat, non auctoritati, sed rationi hac parte nos obsecutor. Responsio Thomasii ad* l. 9. §. 1. *jam a nobis occupata; & ultima, quæ aliorum quoque est, petit principium.*

N. ADDIT.

Neque eum in finem scholium a me erat adductum, ut Autori imputarem, ac si autoritatem Wissenbachii magis sequeretur, quam ejus rationes, sed ut lectorem remitterem ad Autorem, qui plenius hanc quæstionem tractasset, quam tum expedita erat in positionibus. Si prælectiones ad Pandectas tum fuissent editæ, remisissem ad eas. Interim ut similiter declarem, quomodo semper paratus sim cedere rationibus melioribus, jam profiteor, me facere cum Wissenbachio & Autore, postquam scilicet sufficienter didici, probationem minus plenam, i. e. semiplenam, & needum semiplenam, esse purum putum inventum juris Pontificii.

Textus, quos alii proferunt & quos heic subjecimus, nihil ad rem pertinent; Ex *l. 3. §. 2. de Test.* contrarium probavimus. Fideicommissi probatio in *§. ult. I. de Sing. reb. per fid. & l. ult. C. de Fideic.* pauciores quinque testibus quidem admittit, & ubi deficit probatio, juramentum purgationis; hoc autem quid ad semiplenam probationem? Idem *ad l. 3. C. de Reb. Cred.* tenendum, de qua dictum similiter ad *d. tit. de Jurejur. n. 12. Lex 5. §. 6. de Re Milit.* de præsumptionibus opposite ad probationem agit. *Lex 37. §. 5. de Legat. 3.* docet, scripturam codicilli

dicilli fine ulla probatione, heredem obligare. Denique Tacitus in partes vocatur, 15. *Annal.* 51. *in fin.* ubi: Neronem *suspicatum esse*, *quæ vera non probabautur*. Hæc referre, idem est ac refellere.

3. Cæterum, quo minus rationes & argumenta æque fidei faciendæ valeant ac testes & instrumenta, non est dubitandum. Quo pertinet vetus Scholastica probationis divisio, in artificialem & inartificialem. Ut illa sit, quæ per ratiocinationes, hæc quæ per instrumenta vel testes fiat; quæ sola probationum voce communiter intelliguntur: quando quæ probandi causa fieri solet interlocutio, ad inartificialem solummodo pertinet. Ratiocinatio fit vel ex argumentis necessariis, vel probabilibus, quæ sunt præsumptiones. Necessaria sunt infinita, veluti, Qui fuit in Flandria, non adsuit eodem tempore Londini conjuratorum cœtui; non commisit ibi cædem. Cujus mater non fuit nupta Patri ejusdem, is est Nothus: Cujus pater est incertus, is spurius, & similia, *l.* 19. *C. de R. V. l.* 2. *C. de iu lit. jur. l.* 21. *& ult. C. de Probat. l.* 2. *C. de Test. l.* 34. *C. ad L. Jul. de Adult. &c.* Probabiles rationes quid valeant, inferius dicetur; Sed huc pertinet observatio considerabilis, quod concursus probabilium adeo frequens & validus esse possit, ut judici fas sit, ex animi sui sententia statuere, sibi esse probatum, & *plenam* fidem esse factam, etsi plenior dari posset, idque etiam in causis criminalibus & capitalibus, per *l. ult. C. de Probat. l.* 1. *§.* 4. *de Quæst. l.* 1. *§.* 3. *ad Leg. Corn. de Sicar. l.* 22. *C. ad Leg. Corn. de Fals.* Auctores in utramque partem laudat D. Wissenbach. ad *tit. ff. de Pœn. th.* 22. & Sandius, qui ad objectiones quoque respondent, *lib.* 5. *Decis. tit.* 9. *def.* 14. ubi exemplum, de cujus re judicata censuram, sine suffragio Thomasius noster instituit ad *Position.* 17. *h. t.*

SCHOLIUM.

Sed mallem Sandius conjecturas istas determinasset: Nam quod attinet exemplum ibidem subjunctum, in eo forte plura desiderare quis posset, secundum ordinem processus criminalis apud nos recepti, quæ latius exequi hujus loci non est. Præprimis in enarratione casus ibi facta, nihil proponitur de depositione uxoris Bieckii, quæ tamen tempore homicidii commissi præsens fuerat. Nihil memoratur de qualitate & loco vulneris, item utrum cadaver dissectum fuerit; an minus &c. Nec obstat, quod eventus docuerit, Bieckium commisisse homicidium. Id enim factum fuit per accidens; & notum est, etiam ex falsis præmissis quandoque inferri posse conclusionem veram.

RESPONSIO.

Determinatio conjecturarum, quæ pro varietate factorum infinitæ sunt, frustra exigitur. Depositio uxoris homicidæ æque male desideratur, cum neque pro reo, nec contra eum admitti potuerit. De qualitate locoque vulneris & anatomia, quod requirit Scholiastes, non est de nihilo. Sed minus a Sandio scriptum, quam inquisitum fuisse, non est dubium; quando quod a Senatu diligentissime prudentissimeque semper administratur, id tum observatum fuisse, pro certo habendum est, ut vulnus absolute lethale fuisse, nullo modo sit ambigendum: verum a Sandio omissum puta, quia non pertinebat ad quæsitum illius loci; Id erat, utrum Bieckius esset cædis reus; non, an cædes facta esset.

N. ADDIT.

Et hic jam facile condescendo, quamvis in scholio non desideraveram determinationem conjecturarum infinitarum, sed determinationem saltem quarundam præcipuarum ex infinitis, neque adhuc videam, cur depositio uxoris homicidæ non fuerit admittenda. Ubi enim veritas aliter haberi non potest, ut in illo casu, etiam testes alias inhabiles admittuntur. Et quidni uxor admitteretur in criminalibus pro defensione mariti? De anatomia vero quæ monueram, forte in hoc casu erant de nihilo. Postquam enim interfectus ex vulnere statim moriebatur, nullum erat dubium, id vulnus fuisse lethale. Cum vero illud monerem, eram adhuc in erronea opinione quorundam judiciorum, quasi anatomia esset de essentia judicii criminalis, ita ut ea omissa non possit perveniri ad pœnam ordinariam, quem errorem jam satis distincte cognosco.

4. Cujusmodi circumstantiæ, & quales præsumptiones accumulatæ esse debeant, non est, ut diximus, expressum, neque potest designari, sed locum heic habet enixe, quod Hadrianus ait in *l.* 3. *§.* 2. *de Testib. Quæ argumenta, ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest; hoc solum præscribi potest, non ad unam probationis speciem alligari debere, sed ex sententia animi judicem æstimare oportet, quid aut credat, aut parum probatum opinetur.* Species autem & usus observationis ita potest describi; Quando circumstantiæ factum immediate præcedentes & consequentes, ita reum premunt, ut tametsi corpus ipsum facti non ex-

tet probatum, sic tamen undique conclusum & coarctatum est, ut ab alio quam a reo perpetratum esse nequeat; certitudine tamen morali, non physica, quæ scilicet ejusmodi sit, ut contrarium plane sit impossibile. Sic naturaliter impossibile non erat, in exemplo apud Sandium, Renicum a se vel ab uxore Bieckii fuisse vulneratum; sed facti complexio ab illo possibili penitus abhorrebat. Loco generalis circumstantiarum expositionis, quæ non habet facultatem, duobus exemplis rem notabilem illustrabimus, altero ex Nauta, nostræ memoriæ altero. Quidam *Suffridus Wiggeri* dimicaverat cum alio, cui nomen *Jacob Jans*; illo penes se non habente cultrum; *Jacobus* aliquoties *Suffridum* suo cultro impetierat: donec a circumstantibus ei culter extortus est, cum nemo *Suffridum* vidisset aut sciret esse percussum. Is exinde in eodem loco per integram fere horam federat in scamno quodam, nulla de vulnere querela. Deinde egressus mox rediit, pileum tenens refertum suis intestinis, nec multo post extinctus est, nulla cum alio pugna rixave habita. Moribundus ajebat, a Jacobo se vulneratum, & hic, objectantibus quibusdam vulnus *Suffrido* inflictum, responderat aliis quidem, non esse tam grave vulnus; alias tacuerat. Post mortem Suffridi, Jacobus accusatus negabat factum; probabat etiam, Suffridum aliquot septimanis ante, cum apud secretum vincula femoralium solvere non posset, cultro illa diffindere conatum esse, tam imprudenter, ut parum abesset, quin cultrum ventri impegisset. Hoc non erat impossibile, quo minus & tunc evenire potuisset; Curia tamen factum peremptorium non exacte probatum adeo circumstantiis undique pressum judicavit, ut non dubitaverit, Jacobum, etsi necdum annos XX. natum, omissa Quæstione, capitali addicere supplicio, *d. 8. Jul. 1643.* Nauta *Decis. MS. 127.* Quanquam autem in capitalibus & non capitalibus ratio juris est eadem, quia tamen heic in Judice firmum & serenum animi decretum, etiam exactior in capitalibus probatio, *l. 16. C. de Pœn.* requiritur, potest fieri, ut hæc res facilius in non capitalibus inducatur. Exemplum meæ memoriæ placet addere non capitale hujusmodi. Quidam vagabundus, Insulis Flandrorum ortus, (*Carolo Castello* erat nomen) comarum effictor, ut ferebat, variorum criminum reus, Harlingæ aliquamdiu commoratus, sub mediam noctem hospitio egressus erat; qua nocte effractis in quadam domo fenestris, ingens copia argenti facti ablata erat furto. Ille cum cista & involucro turgido ingressus erat navem matutinam, integra hora ante ordinarium tempus solvendi in ea latens, præter consuetudinem suam, qua, si ante tempus accederet, id in diversorio terere solebat. Nunc sedebat ore obvoluto tacitus, æque præter morem, apud cistam & involucrum suum: inter navigandum, anxius & sæpe rogitans, quam mox Leovardiæ essent, ut Nautis etiam gravis esset: si quis involucrum attingeret, ægre ferebat, & sollicite vetabat. Leovardiam profectus Workumium, ibi deprehensus est, cum omni argento illa nocte surrepto; quod erat in cista, cum prius scilicet in involucro fuisset. Rogatus, unde nactus esset argentum, respondebat, a quodam Gallo, qui aliquot diebus Leovardiæ apud Cigoniam diverterat, sibi esse datum. Gallus eo tempore in illo diversorio nullus fuerat. Quid de rebus involucro antea contentis factum esset, quid noctu Harlingæ fecisset extra hospitium suum, nihil probabile expediebat; uxor ejus ægra in carcere dixerat, maritum suum esse furem, & quod pejus. Etsi nonnulli tormentis hominem subjiciendum putarent, eo quod factum effractionis & furti ipsum non erat demonstratum, Curia tamen commissum facinus ab illo non dubitavit; de aliis vero criminibus, quorum haud plene convictus erat, censuit eum per tormenta examinandum. Quæ cum facile pertulisset, ob furtum illud severe, non capitaliter tamen, est condemnatus, *d. 15. Novemb. 1680.* Hæc ad locum probationis rectius, quam cum aliis *ad titulum de Pœnis* referri posse videbantur.

5. Hactenus FIDES; sequitur in definitione *facta Judici.* Sic enim res habet; Qui intentionem suam in aliquo facto fundat, *hoc judici adprobare debet*, *l. 12. in fin. de Probat. l. 2. C. de Edend.* Nec potest aliter, cum hic secundum acta & probata sententiam ferre debeat, *l. 6. §. 1. de Off. Præf.* prout religio suggerit, *l. 79. §. 1. de Judic.* qui textus optime conveniunt. Verum si quando accidat, ut secus ex actis & probatis liqueat, quam Judici constet, quomodo tum religio conscientiæ cum actis atque probatis concilietur, ad *tit. Inst. de Off. Jud.* tractatum est *n. 3. Part. I. pag. 465.* Quomodo autem in iis examinandis Judex versari debeat, aliter quam ex *d. l. 3. §. 2. de Testibus* indicatum est, præscribi vix potest: nisi addere velis, in dubio faciendum conclusionem pro favorabilibus personis, aut ad liberan-

liberandum potius quam ad condemnandum, adeoque pro reis, *l. 125. de R. J.* Si quæ diffidentes sint probationes in speciem, non revera, has conciliare debere eodem prudentiæ & æquitatis temperamento, quam est in *d. l. 3. §. 2. cap. cum tu. 16. c. in nostra. 32. de Testib.*

6. Denique ex eo, quod Probatio est Fides *Judici facta*, colligenda videtur ratio, quamobrem Confessio & Jusjurandum non sint species probationis, ut recte D. Wissenbach., qui non recte Famam & Præsumptionem cum illis conjungit *th. 4. ad h. tit.* Nam hæ duæ nec usu terminorum, nec effectis, cum probatione conveniunt; Præsumptio in *hac ipsa Rubrica* probationi opponitur; Fama *tam ficti pravique tenax* Maroni, *quam nuncia veri*, nulli viro prudenti loco probationis habetur: Nam quod de *communi fama* habetur in *d. l. 3. §. 3.* id de facto notorio recte intelligetur. Quintilianum citat ut dissentientem D. Wissenbach. *d. th. 4. in fine*, quasi famam ille probationis speciem faceret *lib. 5. Inst. orat. c. 3.* Atqui is *ibi famam docet* bifariam considerari, vel *pro consensu civitatis & velut publico testimonio, vel pro sermone sine certo auctore disperso, cui fere malignitas initium dat, incrementum credulitas.* Nec aliter *Menochius* & *Freherus*, quos æque sibi opponit, ut dissentientes ab eo, quod ponit, famam non esse probationis speciem, sentiunt, aut sentire possunt. Tu dices, an igitur Fama communis, illud publicum testimonium rei notoriæ, non est species probationis? Non est proprie, quia probatio est fides facta Judici per litigantes; Atqui de talibus nihilo magis Partes quam ipse Judex laborant: Quod jam constat, non opus est, ut probatione quæratur & judici persuadeatur. Eadem ratione dicimus, confessionem & Jusjurandum non esse probationis species: etsi vim probationis habeant; ut de confessione titulus *de Confessis* docet, & de Jurejurando *ad tit. de Jurejur.* vidimus: *Perinde, quod juratum, haberi, atque si probatum esset*, ait Lex *11. §. ult. de Jurejur.* Quid vetat, dices, hanc esse probationis speciem? Præter id quod diximus, hoc obstat; Probatio est fides *judici* facta, requirit argumenta *ad hominem*, ut loquimur: Cujusmodi non est confessio & Jusjurandum, quoniam penitus a secreto animi confitentium & jurantium pendent. Rationes, quæ conscientiam unius tenent certitudine secreta, non sunt *ad hominem*, non valent aliis persuadendis. Sequitur in definitione;

7. *De Veritate facti dubii.* Facta materiam probationis, non Jura, constituere, per se notum est, Jura enim finita & certa sunt, *l. 2. de Jur. & fact. ignor.* eaque judici cognita esse oportet; cum aliter officium suum exercere nequeat, *pr. Inst. de Off. Jud.* Jus igitur allegatur, non probatur, etsi populariter etiam probandi verbum ad disputationes Juris & commutationes argumentorum referatur. Quanquam & circa leges, an earum usus alicui prohibitus, an illis renunciaverit, facti quæstiones, ac ita probationes, locum habere posse, non est dubitandum, *l. 5. in pr. h.* Facta quoque sint oportet *dubia*, non manifesta sive *notoria*, quæ publico testimonio omnibus constant, ut *modo* Quintilianus, & in *Cap. super eo. 3. in pr. de Testib. cog.* Differunt autem a Notoriis Confessio & Res judicata; licet alii notorium in his duabus speciebus juxta evidentiam rei constituant, quibusdam addentibus instrumentum publicum, Gail. *1. obs. 16. n. 7.* & famam, Sichard. *in l. 24. C. de Pignor. & hyp. n. 15.* de fama an recte, ex supradictis sciri potest. De confessione, de sententia, & instrumentis non videtur, cum de illis varie dubitari posse manifestum sit, quod de Transactione perinde res loquitur. In rebus magni momenti & capitalibus, si quis ob factum notorium sit puniendus, sæpe tamen probationes ipsis illis notoriis adhibentur, ut omnis absit injustitiæ species: ubi liceat applicare, quod Angli in processu adversus Carolum I. Regem suum, etsi illum in armis fuisse contra Senatum regni sui, notorium esset, tamen agmen testium ingens produxerint ad hoc probandum, ut videre est apud Leonem Aitsema ad *annum 1649.* utcunque tanquam ex contumacia procederent. Verum illa quæstio, non facti, sed Juris erat, an ista Curia potestatem haberet contra suum Regem Judicialiter procedendi: quod cum Rex summo Jure negaret, probationes facti in irritum cedere oportebat.

8. *Secundum Actoris, aut aliquando rei intentionem.* Hæc enim est qualitas probationis necessaria, ut sit conformis intentioni & conclusioni libelli a parte actoris, aut defensioni rei adfirmativæ. Nam Persona quæ probat, est is, qui affirmat, non qui negat, *l. 2. & l. 21. h. l. 23. C. h. t.* sive actor sit sive Reus, *l. 19. in pr. h. Neganti* per rerum naturam probatio imponi non potest, utique si negatio sit in thesi, *d. l. 23.* secus si locorum, personarum, temporumve circumstantiis definita sit quæstio; Tunc enim qui negat, docere

 cere

cere poteſt, ſe tum temporis alibi fuiſſe, *§. 11. Inſt. de Inut. ſtipul. Part. I. pag. 306.* Et quoniam actor plerumque petit & affirmat, hinc regulariter dicimus, actori incumbere probationem, *l. 23. D. & C. h. t.* non reo, *l. 8. eod. l. 7. C. de Teſt.* Attamen Reus in exceptionibus, quas profert, actoris inſtar eſt, *l. 1. de Except.* Quis autem ſit affirmans, vel negans, non tam ex verborum figura, quam eorum ſententia, reique natura colligitur, ut exemplis patet ex *l. 5. §. 1. l. 8. & l. 15. h.* Mornac. *ad l. 18. C. h. t.* Si quis neget, emancipationem, teſtamentum, contractum, recte celebratum eſſe, tenetur ad probandum; quia vitium demonſtrare debet, *l. 4. h.* Si filius ſe neget eſſe in poteſtate Patris, hic revera adfirmat, ſe eſſe emancipatum, quod probare poteſt, ac debet, *l. 8.* Qui negat aliquem eſſe fratris ſui filium, qui pro tali habetur, id probare debet, *l. 15.* juncta *l. 14.* cujuſmodi ſpeciem in Suprema Curia probatam vidimus, anno 1682. memorabilem, de qua locus erit *ad tit. de Agnoſc. lib.*

9. Plane igitur, quicunque ſe fundat in qualitate aliqua, intentionis ſuæ fundamentum probare debet, niſi ſit in poſſeſſione juris; in quo ſe fundat, *l. 14. & 15. h. t.* Poſſeſſor enim non tenetur ad probandum, ſed tuetur ſe commodo poſſeſſionis, quod, an *uno*, & quo *caſu* aliter ſe habeat, quæſitum eſt ad *tit. Inſt. de Action. Part. I. pag. 394, b.* Denique, ſi contra eum militet præſumptio, ſtatim fit, ut ei probatio injungatur, *l. 2. 8. 9. & 25. h.* ut inferius inducetur. Qui etiam ex officio vel adminiſtratione convenitur, eum teneri ad probandum, quod bene; non adverſarium, quod male geſſerit, tradit A. Matth. *diſp. 8. th. 58.* quod nec legibus, nec ratione ſe probat; cum qui peccatum arguit, id probare debeat, nec qui peccatum negat, per rerum naturam ad probandum adſtringi poſſit, *l. 23. C. h. t.* Ex eo autem, quod Tutor & Magiſtratus probare debent, contutores & fidejuſſores ſolvendo fuiſſe, nullo modo regulam generalem formatam oportuit, ex *l. 3. C. de Probat. l. 1. C. de divid. Tut. l. 1. §. 13. de Magiſtrat. conven.* ut viſum D. Matthæo *ibidem.* Vide Wiſſenbachium *th. 11. h.*

10. Cæterum, ut ordine probatio fiat, interlocutione Judicis eam injungentis opus eſt,* quando vel cognita cauſa, videt partes in facto diſcrepare, neque meri Juris eſſe quæſtionem, vel etiam a partibus ipſis rogatur, ut interlocutione ſua viam probationibus aperiat. Quod tamen utrique parti, etiam petenti, ſi judex neceſſe non arbitretur, recuſare poteſt, ut exemplo rei judicatæ probavimus in *Parte II. pag. 715. n. 25.* Regulariter tamen, etſi judici noudum liqueat, petentibus apud Acta conceditur, imo & Actori ſoli, quia non creditur, interlocutionem quæ ipſum remoratur, cauſa ita non poſtulante, fuiſſe petiturus: Si tamen deinde pateat, eum Judici impoſuiſſe, mulctabitur, ut de uſu Fori Friſici teſtatur Bouricius de *officio Advoc. cap. 18.* quod tamen uſu carere temporis hodierni, probavimus *in Part. 2. Juriſpr. hod. c. 23. n. 3.* Cauſam integram probationi delegandam, neque partim definitive, partim interlocutione ſcindendam eſſe, res ipſa loquitur, & tamen id aliter evenire poſſe, ubi diverſæ ſunt inſtantiæ, quin imo in eadem inſtantia diverſis perſonis, hiſtoria rei judicatæ probavimus in *Parte II. d pag. 715. n. 25.* Præter quod exemplum, ſimile memini & repperi judicatum, *inter Mariam du Gardiin & M. W. 19. Mart. 1680.* Quando interlocutio fit ſimpliciter, tum probatio intra tempus Dilationum cujuſque fori Legibus præſcriptum, fieri ſolet, ideoque tunc apud nos judex his verbis utitur, *in factis, in forma.*

De tempore faciendæ probationis, nihil libris

* Idem noſtro imprimis Jure requiritur; ubi Terminus Probatorius regulariter currit, ‡ ex quo ſententia, qua actori injuncta eſt probatio, in rem judicatam tranſiit. *O. P. S. tit. 10. pr.*

‡ Cum olim Ordinatione Proceſſuali cautum fuerit, quando in ſententia exceptionum dilatoriarum ratio ſimul habita fuit, ut terminus probatorius initium capiat a conditione purificata, hoc eſt, poſtquam exceptionibus ſatisfactum, & JCti hanc conſtitutionem ad omnes alios caſus, quotiens reo vel etiam actori alicujus rei præſtatio fuit injuncta, extenderint, nunc hoc immutatum eſt, ut, ſi legitimatio ad cauſam, vel in negatoria dominii probatio injuncta, vetera jura obſerventur, in reliquis termini probatorii initium ſimpliciter a momento, quo ſententia rei judicatæ vires nacta eſt, computetur, illi, qui in præſtationibus injunctis negligens eſt, peculiari mulcta *Tit. 11. §. 2.* conſtituta. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 10. §. 1.* Contra ſententiam probationem injungentem, nec leuteratio, nec facile appellatio a Judice ad quem admittenda, rejecta potius appellatione pruritus illo quinque & amplius uncialium pœna caſtigandus. *d. Tit. §. 2.*

Juſtiniani

Justiniani proditum esse, * tradit D. Matthæus *d. Disp. 9. th. 49.* nullum scilicet statum & ordinarium tempus. Sed hoc reperimus; si alter satis pro intentione sua probaverit, is potest renuntiare, & alterum urgere, ut etiam renunciet. Hic vero tres *dilationes* menstruas petere potest, quibus finitis sententia fertur, *Auth. juremus. C. de judic.* Quæ tres menstruæ dilationes, nisi fallor, sunt eædem cum tribus mensibus dilationum, qui referuntur in *l. 1. C. de Dilation.* ex qua discimus, si probationes petendæ sint e diversis provinciis, sex menses peti posse, & si trans mare sint conquirendæ, ad novem menses posse concedi. Moribus, hæc res varie habetur. Apud nos ordinaria dilatio est trium septimanarum: post quam nova dilatio sumitur a partibus, paris spatii temporis; qua finita, alter, qui magis properat, adversarium urget ad renuntiandum, cunctantem accusat, petitque judicis dispositionem ad causæ conclusionem; Qui non aliter eam concedit, quam præscripta reo tertia dilatione, trium aut quatuor septimanarum: eaque elapsa, causa habetur pro conclusa. Ita apud Curiam. In dicasteriis inferioribus, competunt tres dilationes binarum septimanarum, quibus elapsis, renunciatum intelligitur, nisi Judex ampliores dilationes, causa cognita, concedat, *3. Stat. Fris. 2. art. 46.* Sed in Foro supremo, quia compertum fuit, Advocatos mutua indulgentia terminos dilationum Legibus datos ingenti partium præjudicio, immodice protelare, Curia nostra tempus certum in plerisque causis utrique præfigere solet, sex septimanarum, vel ut plerumque, duorum mensium *pro omni dilatione.* Cujusmodi spatium ipsi quoque litigantes apud Acta sæpe constituunt, & juxta conventionem suam a Judice præscribi petunt. Sufficit autem, ante lapsum ejus temporis officium Judicis ad probationes insinuandas esse requisitum, quia sequens mora litigantibus imputari non potest. Petitam oportet, inquam, commissionem alicujus e judicibus, apud quem probationes fiant, atque citationem adversarii testiumque, eis tempus peremptorium a Curia præscriptum.

11. Ad complexionem probationis justam efficiendam, moris & Juris est, ut partes hinc inde concipiant articulos, ** sive positiones, quibus

* Jure Saxon. Electorali, in causis ordinariis terminus probatorius & reprobatorius ‡ continet spatium sex septimanarum & 3. dierum, ac currit naturaliter & continuo. *d. pr. O. P. S. Tit. 20.* Exceptio tamen spolii intra 15. dies etiam apud nos, probari debet. *O. P. S. Tit. 1.* §. Deßgleichen. Carpz. *P. 1. C. 6. def. 1. 2.* Menck. *Disp. Proc. VII. ad Tit. XI. O. P. S.* §. *11.* ac probationi juris coquendi & vendendi cerevisiam, spatium duorum mensium largitur die Lands-Ordn. *d. An. 1555. tit.* Brauen, schencken. §. weil sich aber. In Processu autem diffamatorio, diffamanti Ordinarium Terminum sufficere, ex Mand. Appellat. *d. An. 1670.* §. anlangende. *verb.* auch wenn *perpetuum Silentium impon*iret wird. monet Dn. Berger. *Elect. Proc. Prov. th. 32.* licet Carpz. *Proc. tit. 20. art. 3. n. 42.* & Svendend. *ad Fibig. Proc. p. 605.* ei duplicatum Terminum Saxon. indulgeant, *vid.* Mencken. *Disp. Proc. Proœm. II. th. 28.* In processu summario demonstratio, die Bescheinigung, ad fatale termini Saxonici non adstringitur, secund. Carpz. *Proc. tit. 13. art. 1. n. 197. sq. & P. 1. C. El. 16. def. 16.* unde salutare est, certum temporis spatium, intra quod ea fieri debeat, sententia exprimi. De prorogationibus, ac dilationibus probatoriis, actum fuit supra *P. II. p. 614.*

‡ Qui jure novissimo, non a citatione ad publicationem probationum, aut super hac disputationem instituendam, ut olim, sed ab insinuatione articulorum probatoriorum currere incipit, quæ insinuatio quando facta sit, accurate & sub 5. thalerorum mulcta ad acta consignandum est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 21.* §. *1.*

** In Saxonia Electorali, currente adhuc termino probatorio, Articuli una cum nominibus testium, eorumque directorio, copiæ quoque instrumentorum, una cum eorum ad articulos inductione, exhiberi debent. *O. P. S. Tit. 20.* §. und dieweil. Carpz. *P. 1. C. El. 16. def. 1. sq.* solicitatio etiam, pro impetrando termino productionis testium, sub pœna desertionis, non omittenda est ‡‡ *d. Tit. pr.*

‡‡ Judicis nunc officio continetur, ut statim aut saltim intra trium hebdomadum spatium, sub 5. uncialium pœna, terminum ad testium productionem, & pro re nata ad documentorum recognitionem, aut ad articulos, super quibus juramentum delatum est, responsionem præstituat, citationes fieri curet, & quod ad productum attinet, concesso integro spatio Saxonico, ad recognitionem sub pœna recogniti, ad responsionem sub pœna confessi & convicti. Quod si productus contumaciter absit, aut adsit, citationi autem non pareat, quod ad articulos attinet, ad quos respondere debebat, licet producens, qui adsit necesse est, eos una cum juramenti delatione non repetat, modo sint pertinentes & relevantes, pro confesso & convicto, documenta pro recognitis habenda, & ad testium examina sine mora pergendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20.* §. *7.*

totam facti historiam omnesque circumstantias, quibus merita Juris applicentur, breviter & perspicue comprehendant; in quibus attente judicioque defœcato utendum: ne quid utile negligatur, neque superflua cumulentur, sed ad negotii cardinem cuncta vertantur; omnia vero facti sint, non Juris, nec modo rem ipsam, sed etiam circumstantias rem ipsam coarguentes contineant: Unde a libello, per quem fit contestatio, licet articulato, distinctas esse positiones probatorias, omnino expedit, aliter ac Gailius, si recte eum intelligo, * apud Cameram servari testatur, *l. Obs. 79. apr.* Id autem nihil opus est, ut aliæ sint positiones, ad quas adversarius, aliæ, secundum quas testes examinentur, etsi hanc differentiam inter positiones & articulos a pragmaticis tradi, referat *idem*, ut positiones sint interrogationes adversarii; Articuli pro testibus concipiantur. In nostro Foro discrimen hoc verborum, alio sensu diu servatum est, ut tamen positiones atque articuli in eadem scriptura continerentur, σχέσις tantum & relatio variaret; quemadmodum colligi potest ex inscriptione, quæ talis erat: *Positiones, sive, in casu negationis, articuli.* Item in contextu, *Actor ponit; & in casu negationis articulatur.* Ergo positiones, si reus confiteatur, eædem cum *articulis* sunt; ubi vero negatæ fuerint, pro *articulis* habentur. At quemadmodum arbitrarium fuit hoc discrimen, ita non est mirum, hodie minus observari. Sed de positionibus respectu adversarii, satis actum est ad *Tit. de Interrogat. in jur. faciend.* & quatenus iidem articuli a reo negati proponuntur, expectat nos Rubrica *de Testibus.*

12. Finitis dilationibus publicatisque testimoniis, nulla amplius admittitur probatio, nisi alter juraverit, se testimonia nondum explorasse, quo casu adhuc ad producendos testes admitti potest, *Auth. Atqui. C. h. t.* scilicet intra terminum dilationis Legalis, aut a judice præscriptæ. Nam post eum non datur facultas novæ probationis, nisi per remedium restitutionis in integrum, causa cognita, *Auth. Jubemus. C. de Judic. & l. 1. C. de Dilation.* Verum enim vero tunc ad Reprobationes faciendas nova currit dilatio; post publicatas, inquam, probationes, ad refellenda, quæ adversarius protulit, tam si quid personis testium objicere possit, quo fides iis derogetur, quam si dicta illorum refellere queat, Gail. *l. 1. observ. 105. n. 8.* In Jure quidem nostro novam hac gratia dilationem post publicatas probationes dari, non legimus, ratio tamen juris omnino dictat, *integram cuilibet servandam allegationem, quod testes fuerint corrupti, nec adimendam esse licentiam ex ipsis depositionibus, testimonium eorum arguere, l. 17. C. de Testib.* Sunt ibi duo Reprobationis argumenta, *vitium* personæ productæ, & *redargutio* ab illis dictorum, quibus tota res, sicut in Foro exercetur, plane comprehenditur. Quod si pendente lite, satagendum sit, novam dilationem esse necessariam, res indicat, eaque in omnibus, ut puto, Foris indulgetur. Sed apud nos receptum est, ut producenti, objectas sibi reprobationes iterum refellere liceat, eaque gratia si novas probationes actor producere velit, novæ positiones sive articuli concipiuntur, & nova dilatio currit, postquam ulterius hac parte non proceditur, ut usus vult, & Sandius tradit *lib. 1. tit. 10. def. 5.* Quod si

* Obscurior omnino est Gailius *alleg. loco*, quam ut a JCto extero facile intelligi possit; sed illustrior quoque est illa Curia in nostro Imperio summa, quam ut temere ejus stylus inconcinnitatis argui debeat. Positiones olim passim fuerunt in usu, conceptæ ab actore sive ponente, ut per confessionem partis adversæ, vel, ut loqui amabant, ponati, ponens ab onere probandi levaretur. Ab his distant Articuli, sive ut noster ait, positiones probatoriæ, eo spectantes, ut negata testibus vel instrumentis probentur. Hæc nomina in camera olim promiscue usurpata sunt, maxime postquam ex Constitutione Spirensi de A. — 70. libellus articulatus exhibendus fuit, & super illo lite contestata, libelli illius articuli loco positionalium & articulorum repetendi fuerunt, ut præstito juramento dandorum ab Actore, ad ea a reo mediante ejus juramento respondendorum responderetur. Ubi a reo illæ positiones aut articuli negabantur, probatio ab actore suscipienda fuit, qui novos articulos seu positiones probatorias concipiebat, vel illis ipsis libelli articulis utebatur, probationis super iis, aut per testes aut per instrumenta peragendæ causa. Hodie postquam reus narrata libelli summarii, (articulato penitus in *Rec. Imp. de A. 1654.* abrogato,) vel actor exceptiones rei negavit, negata actor ex libello, reus ex exceptionibus in articulos probatoriales, qui soli in Camera hodie in usu, redigit, testes examinari petit, aut instrumenta producit, conf Blumius *Proc. Cam. Tit. 73.* & Ill. Mencken. *ad O. P. S. Tit. 21. §. 17. seqq.* de Positionibus autem illis ab actore sub Juramento dandorum, reo sub juramento respondendorum, oblatis ad affirmandum negandumve, videsis Stryck. *Introd. ad Prax. c. 17. §. 12. & in Supplem. ad h. l.* Saxones & Positiones illas, infinitarum disputationum materiam & libellum articulatum ignorarunt semper, luculentiori remedio speciali litis contestatione usi.

testibus

testibus opus non sit, ratiocinationibus in eundem finem uti licet, quæ *Salvationes* vocantur, eo quod producens vim probationum suarum illis, contra objectiones adversarii *salvare* satagat: Ad has nihil opus dilatione peculiari. Sed nec omnino propter contrarias prohibitiones, dilatio vel nova productio conceditur in omnibus foris, non utique in Saxonicis, ut Thomasius scribit.

SCHOLIUM.

Conceduntur equidem & moribus nostris reo reprobationes, sed contra-reprobationes non sunt in usu, nisi dicere velis, interrogatoria eorum vicem sustinere, de quibus, uti & de reprobatione, vide latius Ordin. Proc. Saxon.

Beckmannus, Saxo & ipse, *ad hunc tit. obs. pract. 9. n. 86.* scribit, *De Jure communi Actor contra reprobationes rei aliis Reprobatoriis uti, & novos articulos offerre potest, sed non regulariter de jure nostro* Saxonico; sic Respond. Scabb. Lipsienses mense *Junio 16....* Quod attinet ad interrogatoria, de quibus Thomasius, longe alium in his usum obtinere, videbimus *ad tit. de Testibus.* Sed in hac reprobationum & contra-reprobationum vicibus, sæpe luditur a partibus; Quando terminus probationis est elapsus, litigantes frequenter id agnnt, ut sub prætextu Reprobationum, veras & primævas moliantur probationes: quas enim in modum plerumque circumducunt, ut difficulter a probatoriis discernantur, aut inter reprobatoria, quæ vere sunt talia, probatorios articulos inserunt: quod adversarius quidem pati non cogitur; sed tamen quia probandi facultas est favorabilis, raro ob hanc causam a judice productionem negatam vidimus. Sæpe etiam de initio dilationis reprobatoriæ dubitatum est: Et quidem post renunciationem probationum, currit haud dubie dilatio reprobandi: sed quando peremptorium tempus a judice pro omni dilatione partibus præscribitur, nulla fieri solet renunciatio; & productiones primæ, quando citatio saltem intra terminum facta est, sæpe multum, antequam sint absolutæ, illud tempus peremptorium excedunt. Ideo incipit dilatio reprobationis, a didicitis probationibus, & ex quo aliquis copiam testificationum adversarii accepit. At hoc plerumque incertum habetur, quia nullum tempus recipiendi aperturam illam sive *copiam* definitum est, utique ut in nostro Foro se res habet. Ideo qui vult concludere, & præcidere adversario prætextum reprobandi, si ille cunctetur, petere debet a judice, ut is alteri terminum præfigat, intra quem petat copiam depositionum, aut reprobatione privetur. Absque eo non potest adversarium cogere ad ultimam conclusionem, etsi partes etiam de certo tempore faciendi productiones convenerint, quia reprobandi facultas semper salva & recepta intelligitur, ac ita sæpe judicatum, nominatim inter *heredes Remeri Antonii, & Johannem Balck cum sociis. anno 1680.*

13. Postremo de probationibus‡ quæritur, an quæ uno in judicio prolatæ sunt, in alio fidem faciant, an vero de novo sint producendæ & disceptandæ. Non facere fidem in alio judicio, nisi inter easdem personas, respondet A. Matthæ. *disp. 9. de Judic. th. 57.* sed textus, quos citat, ita non habent. Potius ita ex *l. ult. C. de Test.* (hæc sola rem tangit,) non cogi aliquem pati, ut adversarius probationibus in alio productis judicio, contra sese in alio rursus utatur; nisi testes sint mortui, cæteroqui denuo examinandos esse; nisi aliter convenerit, *d. l. ult. in pr.* Idque servatur in nostro Foro, ut conventione partium opus sit, quo producta in uno judicio fidem in alio faciant, etiam inter easdem personas. vid. Mascard. *vol. 1. de Probat. Conclus. 33. & 34.*

DE PRÆSUMPTIONIBUS.

XIV. Quid sit Præsumptio, & discrimen a Positionibus Juris. XV. Præsumptio levior. XVI. Fortior, & effectus ejus. XVII. Distributio præsumptionum. XVIII. Positiones Juris ex eo, quod plerumque fit, desumptæ, conditionaliter. XIX. Præsumptiones de hominis vita, in quæstione de hereditate. XX. Aliæ positiones absolutæ, contra quas non admittitur probatio. XXI. Fictiones Juris quales. XXII. Non esse fictiones rerum impossibilium in jure proditas.

14. Sic fuit prima Rubricæ pars de Probationibus. Altera de *Præsumptionibus*, absolvetur definitione, divisione, & effectu, breviter. Definiatur hoc modo, quod sit *Anticipatio Judicii, de rebus incertis, ex eo, quod plerumque fit, percepta.* Materia præsumptionum, sunt res incertæ,

‡ Et hoc notandum, esse probationis speciem per ocularem inspectionem & calculum instituendum, de qua videsis *O. P. S. E. I. & E. Tit. 28.*

certæ, quarum quia plena probatio non potest haberi, recurritur ad ejus, quod est verisimile, anticipationem, ut in eo, dum plenioris lux probationis affulgeat, subsistamus; Etenim *anticipare* est idem penitus quod *præsumere*, sive aliquid in antecessum quasi probatum sumere, capere; propterea, quod plerumque res ejusmodi ita evenire soleant, habita ratione prudenti circumstantiarum, rerum, hominumque similium. Cujusmodi collectionibus exercitatus, ad ejusmodi facultatem conjiciendi res futuras pervenire potest, ut haud facile quicquam in rebus etiam obscurissimis eam fallat, ut de se prædicat Cicero *6. Epist. ad Famil. 6.* quemadmodum & Plutarchus ei tantam præsumendi vim adscribit, ut toto, antequam evenirent, decennio res futuras prædicere potuerit. Videantur quæ hac de re diximus in *Part. II. pag. 858. a.* At hæc quorundam sagacitas, quæ tamen nunquam, quicquid Ciceroni, Catoni, aliisque adscribatur, infallibilis est, non facit, ut præsumptio non sit de rebus incertis inductio *probabilis*, etsi quandoque a Legibus accipiat vim Positionum, quæ solent vocari præsumptiones *Juris*, item *Juris & de Jure*; ut tamen etiam dentur Positiones Juris, de rebus quæ fieri possent, etsi constet eas aliter se habere, quæ sunt Fictiones: nos de Positionibus illis post præsumptiones agemus.

15. Definitio Præsumptionis loquitur de anticipatione, quam faciunt homines, id est, in hac materia, Judices; atque hæc Præsumptio recte dividitur in leviorem, & fortiorem. Levior movet suspicionem, & judicem quodammodo inclinat; sed per se nullum habet juris effectum, nec onere probandi levat, ut est exemplum in *l. pen. h. t.* Ancilla ait, se liberam esse, præsumi illud ex fideicommisso, & alimentis sibi tanquam nutrici a testatore relictis, sed nihil hoc solo proficit. Aliud; Sum ingenuus, quia frater meus est ingenuus, *l. 7. C. h. t.* Imo, quia pater meus fuit talis, ne id quidem prodest, *l. 1. eod.* quia ingenuitas a matris libertate pendet, *pr. I. de Ingen.* Huc etiam pertinet Fama sive rumor, & fuga, item fluxus sanguinis e cadavere ad alicujus præsentiam, respectu cædis. Id enim ut aliquando dederit occasionem homicidæ detegendi, ita sæpe aliis causis, licet occultis evenisse legitur. Exemplum, Anno 1629. cum Rex Bohemiæ Fridericus in lacu Harlemensi nave subversa ægre servatus esset, & juxta filium ejus primogenitum periisset aulicus quidam penes se habens uxoris nuper defunctæ imaginem, atque hæc ab ejus sinu post dies complures amoveretur, accidit, ut sanguis e naribus putridi cadaveris satis copiose efflueret, referente Leone Aitsema ad *annum prædictum*, quemadmodum idem ad præsentiam consanguineorum sæpe factum, accepimus. Ejusmodi igitur conjecturæ tot sunt, quot singularia, rerumque circumstantiæ, id est infinitæ; quin & unius testimonium huc referendum esse, constat ex iis, quæ *superius* dicta sunt ex *l. 9. §. 1. C. de Testib.*

16. Fortior præsumtio vocatur, quæ determinat judicem, ut credat, rem certo modo se habere, non tamen quin sentiat, eam rem aliter se habere posse. Ideoque ejus hic est effectus, quod transferat onus probandi in adversarium, quo non probante, pro veritate habetur. Exemplum: Repeto a te pecuniam ut indebite solutam. Tu negas, te accepisse pecuniam. Convictus es; at jam fuisse indebitam, contendis. Præsumitur esse debita, propter negationem tuam præcedentem. Ideoque si non probes indebitum, condemnabere. Contra, Fateris accepisse ab initio pecuniam, at ais, debitam fuisse; Præsumitur ita, & absolveris, si alter non probet contrarium, *l. 25. h. t.* Aliud: Quingenti testamento mihi legati sunt, totidem Codicillis ab eodem testatore; peto mille. Tu dicis, repetitionem esse, non duplicationem legati, & offers quingentos. Præsumptio est pro duplicatione, quia diversæ sunt scripturæ; sed in eodem instrumento magis præsumeretur repetitio, *l. 12. h. t.* quemadmodum & in re corporali bis, etsi diversis scripturis, legata, *l. 65. §. 5. de Legat. 2.* Qui occidit gladio, censetur habuisse animum occidendi; qui clave, vel cucuma in rixa, non videtur eo animo usus, *l. 1. §. 3. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Huc pertinet celebre judicium Salomonis, acute præsumentis, matrem infantis esse potius, quæ nollet eum in partes scindi; quam quæ annueret. Item Galbæ *apud Suetonium*, bovem ejus esse, ad cujus agrum capite obvoluto ab aquatione se reciperet. Hæc & similia in civilibus aliquando rei judicandæ causam præbere possunt, quoties exitu opus est, nec alius exitus invenitur: non æque suffecerint ad certam possessionem ab aliquo alienandam. Multo minus in criminalibus, omniumque minime in capitalibus; Nisi plures undique circumstantiæ exploratæ, ex quibus singulis nihil quam præsumptio colligi possit, ita confertim undique premant, atque in arctum redigant factum, etsi non probatum, ut pro indubita-

to habendum sit; qua de re *superius*. Exemplum aliud si quis desideret, censeo, legat historiam jugulati Comitis *Essexii* in carcere Londinensi *13. Julii 1683.* ubi præsumptiones ingenti numero cumulatæ factum, quod non probatur, dubium tamen esse non patiuntur; utique si facta, e quibus colliguntur præsumptiones, ita ut narrantur, evenerint, qua de re penitus inquirenda nunc agi, intelligimus. Sic igitur & præsumptiones sufficere possunt ad sententiam, non per se, verum per consequentiam, si alter probatione deficiatur.

17. Denique, versantur hæ præsumptiones hominis potissimum, circa res, circa personas, earumque actiones, vel cogitationes, Menoch. *de Præsumpt. l. 1. q. 11. n. 9. q. 12. n. 6.* Circa personam ea, quæ naturaliter homini insunt, ut sensus communis, potentia generandi &c. Circa res, quemadmodum se naturali qualitate, insita vi habere solent. Pront est vel major, vel minor præsumptio veritatis, ita per majorem vel minorem eliditur & tollitur. Exemplum *in l. 6. de his, qui sui vel al. jur. l. 24. hic, l. 73. de Legat. 3.* Specialis præsumptio est fortior generali; naturalis accidentali; quæ actum valere, & pro Reo facit, melior est quam quæ secus &c. Menoch. *de arbit. jud. P. 2. Cas. 472. n. 1. & 19.*

18. Diximus, aliquas dari Positiones Juris, a Præsumptionibus, quæ sunt ratiocinationes hominum probabiles, distinctas, & tamen ex collectione eorum, quæ ut plurimum in similibus similiter eveniunt, desumptas. Sunt autem hæ regulæ vel conditionales, vel absolutæ. Priores, quæ ponuntur habenturque certæ, quamdiu contrarium non probatur. Absolutæ, contra quas nulla probatio admittitur. Exempla priorum sint hæc; Pater est is, quem Nuptiæ demonstrant, *l. 5. de In Jus voc.* quæ regula nitiur præsumptione Juris Gentium, ut tamen, si contrarium probetur, cesset, *l. 6. de His, qui sui vel al. jur.* Pactum simpliciter initum, in rem potius, quam in personam censetur, ideoque heredibus in dubio prodest, *l. 6. h. tit.* de quali specie *pacti de non petendo*, cum heres reale, Creditor personale esse contenderet, consultus respondi die *5. Maj. 1688.* Qui reddidit debitori suo chirographum, censetur remisisse debitum, *l. 2. de Pact.* Quod in instrumento narratur, pro vero & solenni habetur, *§. 11. & 16. de Inutil. stipul.* Huc etiam spectant regulæ a Doctoribus traditæ; quales hæ sunt; Mutatio non præsumitur: Unde filius, patre vivo, in potestate esse creditur, *l. 8. h.* Quisque judicatur bonus, quamdiu non probatur malus, & id genus alia; si pari consequentia se commendent. Multa enim ad hanc classem ab Alciato, Menochio, aliisque referuntur, haud æque per omnia probabiliter, de quibus vide D. Matth. *disp. 9. de Jud. th 74. & seqq.* Hæ sunt quæ vulgo *Præsumptiones Juris* appellantur, imo quælibet exempla fortiorum, quas diximus Præsumptionum, quatenus legibus prodita sunt, ad hanc classem non male referuntur, si hac distinctione placeat uti.

19. Estne aliqua præsumptio vel positio Juris, quamdiu homo victurus, aut in dubio vixisse credatur? Missis quæ Doctores hac de re Scriptoresque alii, quos vide apud Wissenbachium *th. 16. h. t.* dicamus, hac de re nihil certi esse proditum, nisi quod minimum tempus, quod in dubio præfinitur, est sexaginta, *l. 68. ad L. Falcid.* maximum vero centum annorum, *l. 56. de Usufr.* Sacra scriptura tertium suggerit, 70. vel 80. annorum, *Psal. 90.* Si quid hujus rei certum statui posset, valde interest ejus Quæstionis, qua sæpius in Foro occurrente judices teneri suspensos accidit; si quando agatur de hereditate hominis, qui utrum mortuus sit, an vivat, ignoratur. Scimus, hoc esse juris, ut talis hereditas proximis concedatur sub cautione reddendi bona, si ὁ ἄδηλος salvus advenerit, ut finitur apud Sandium *4. 9. 8.* Verum quid si heres non possit invenire cautionem? Administranda est ab extraneis scilicet. Hoc autem perquam incommodum sæpe repertum est, heredibusque veris internecinum; maxime si pauperes esuriant, quod est difficilius, quam expectare, dum centum anni sint elapsi a nativitate τοῦ ἀδήλου absentis. Tunc enim sine scrupulo heredibus proximis concedi posset, *arg. d. l. 56. de Usufr.* Forte ad octuaginta annos descendere liceret, auctoritate *Psalmi 90.* De facto ita notabiliter a Curia nostra decisum est. Triginta plus minus anni erant elapsi, ex quo heres primus fuerat desideratus. Mors ejus semiplene probata a substitutis. Ætas primi, si viveret, erat jam futura duorum & quinquaginta annorum. Lapsu temporis longissimi, probatione semiplena, paupertate extrema substitutorum heredum, qui cautionis præstandæ impotes erant, Curia censuit amplectandam esse præsumptionem juris, quæ ponit annos sexaginta, *d. l. 68. ad L. Falcid.* sententiaque lata declaravit substitutos heredes absentis, post octennium, si tum primus heres non adesset, ad hereditatem admittendos, quibus elapsis esset futurus 60. annorum,

norum, si vixisset: Interim de fructibus alendos. In causa *Lolle Witses cum sociis Requirant.* contra *Sasker Heeres in qual. requisitum*, ante magnas ferias 1680.

20. Absolutæ positiones sunt, quas Lex ita præsumit, ut quasi vim Legis, vel plenæ probationis iis adscribat. Sic is, qui post biennium scripsit chirographo, se accepisse pecuniam mutuam, non potest admitti ad probandum, quod nihil acceperit: Lex enim præsumit simul ac statuit, numerationem oportere esse factam, *l. 4. C. de non num. pec.* Tutor in inventario professus modum patrimonii pupillaris, deinde tam valide præsumitur non esse plus vero professus, ut non admittatur ad probandum, quod tantum non sit in bonis, *l. ult. C. Arbitr. Tut.* Qui adulterii primo accusati, turpes amores deinde nuptiis conglutinarunt, pro convictis & confessis puniuntur, *l. 34. C. ad L. Jul. de Adult.* Filiusfamilias, qui pecuniam accepit creditam, præsumitur accepisse in causam castrensem, *l. ult. in fin. C. ad SC. Macedon.* Sed estne hæc Præsumptio Juris, an & de Jure? Plerique ad hanc speciem referunt; Thomasius in SCHOLIO ad *Posit. 18. h. t.* ad priorem, ut si probetur in alium usum accepisse, valeat veritas, quod verba ultima legis ita quidem ferebant, non æque præcedentia; *stare oportet Contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniæ credita, vel ubi consumpta sint:* quæ verba contractus valorem non a probationis eventu suspensum enixe sanciunt.

N. ADDIT.

Et hic jam consentio Autori. In præcedentibus vero verba textus supplenda sunt, & loco Filiusfamilias, *legendum est* Filiusfamilias miles.

21. Cæterum præsumptiones istæ pariunt Positiones, sine inquisitione verumne, sit, quod ponitur, an falsum, inquam. Sed dantur etiam Positiones, quæ præ se ferunt ejusmodi præsumptiones, quæ sciuntur esse falsæ: ut in Querela inofficiosi Testamenti, quam movent liberi, præcepta est hæc juris Positio; Patrem, qui filium sine causa exheredavit, fuisse mente captum, etsi plane constet, hoc esse commentitium, *pr. Inst. de Inoff. testam.* Qui dominium transferre debet in eum, penes quem res jam ante existit, quod sine traditione fieri nequit, huic traditio præsumpta, vel potius ficta tribuitur, quam brevem manum vocari, dictum est alias ex *l. 43. §. 1. de Jur. dot.* Sunt enim hæ revera FICTIONES, quales an etiam in Actione Publiciana & Rescissoria, locum usumque habeant, suis locis quæsitum & definitum est.

22. Hoc observandum; Fictiones esse quidem de rebus falsis, at nunquam de rebus impossibilibus: hæ Metaphysicis relinquuntur; JurisConsulti non amant τῶν ἀδυνάτων ἐρᾶν. Idque notabilem usum habet, quem exemplo quæstionis illustrabimus. Conditio adjecta Heredis institutioni, non facit testatorem intestatum respectu temporis intermedii, quo incertum fuit, utrum extitura esset conditio, vel secus; quia cum actu existit, retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis, atque jam tum extitisse fingitur, *l. 26. de Condit. Instit.* Sed dies heredis institutioni cum effectu non potest adjici, *§. 9. Instit. de Hered. Inst.* quia tum esset ante diem intestatus, & post diem testatus, quod juris ratio abhorret, *l. 7. de R. J.* Cur etiam dies non æque retrahitur, quam conditio ad tempus aditæ hereditatis? Quia hoc est impossibile, ut tempus retro currat. Hæc conditio, si navis ex India venit, potuit æque superiori, quam hoc mense impleri, sed ut res, quæ fieri injuncta & facta est post mensem, facta dicatur ante mensem, hoc implicat contradictionem. Agathon Poeta vetus, apud Aristot. *6. Eth. 2.*

Μόνου γὰρ αὐτοῦ καὶ Θεὸς στερίσκεται,
Ἀγένητα ποιεῖν, ὅσσ᾽ ἂν ᾖ πεπραγμένα.

Hæc sola res ipsi Deo negatur, ut
Infecta reddat, quæ jam pridem facta sunt.

Cæterum de eo, quod objici posset, fictiones esse mendacia, quid sit statuendum, diximus ad *tit. de Inoff. testam. n. 4. Part. II. pag. 745.* Plenius hanc quæstionem novissime tractat D. Beckman ad *h. tit. Pand. 12.*

TIT. IV.

De Fide Instrumentorum & Amissione eorum.

I. Instrumenta generaliter sumpta, testes etiam complecti, non stricte, nec usu vernaculo. II. Divisiones instrumentorum, & quæ proprie publica. III. Quæ sint improprie publica. IV. Requisita publici instrumenti, Juris Civilis, cum moribus collata. V. Tertium, subscriptio vel nuncupatio an necessaria. VI. De Protocollis, & illorum usu. VII. Constitutio juris Frisici de

de Protocollis egregia, sed neglecta, & quamobrem; mos Hollandiæ confertur. VIII. *Notarius quid sit.* IX. *Mandatum a partibus ei primo omnium esse necessarium.* X. *Historia rei judicatæ ad eam illustrandam.* XI. *Quid juris, si testes aliter dicant, quam fert instrumentum.* XII. *Fides instrumentorum maxime publicorum, & de ætate probanda.* XIII. *Quo sensu, contra instrumentum testes non audiri dicantur.* XIV. *Forma instrumenti privato publici, & de subscriptione notarum pro literis.* XV. *Instrumenta mere privata nihil probare.* XVI. *De comparatione literarum.* XVII. *Statutum & mos Frisiæ super instrumentis.* XVIII. *Casus quidam excepti, quibus an privata instrumenta probent.* XIX. *De rationibus Mercatorum quid juris.* XX. *De exemplaribus a partibus aut a Judice recognitis, quatenus vim probandi habeant.* XXI. *An Collatio Notarialis ab eodem, qui scripsit Authenticum, facta, vim probandi habeat.* XXII. *De aliis adfinibus exemplis quæritur.* XXIII. *Instrumentum a tabellione qui scripsit, aut ab alio recognitum, non valere ad probandum.* XXIV. *Observationes duæ adfines.* XXV. *De tempore exhibendi instrumenta, tam ante quam post interlocut.* XXVI. *Nova quæ proferuntur instrumenta post interlocutoriam, & quousque id fieri possit.* XXVIII. *Instrumenta plerumque ad probationem, aliquando ad necessitatem atque essentiam actus pertinere.* XXIX. *Amissione instrumenti non tolli veritatem rei gestæ.* XXX. *Observationes circa illum articulum necessaria.*

QVanquam Artificialis Probatio nobilior ea, quam vocant Inartificialem, esse videatur, hæc tamen usu & auctoritate longe frequentior & notabilior est. Administrari illam per instrumenta, vel per testes, *superius* indicatum est; de Instrumentis prior occurrit locus. Etymologia, quæ est ab *instruendo*, notat omnia, quibus *causa* instrui potest, adeoque tam personæ, quam scripturæ testimonia, instrumentorum loco haberi: Consequenter, dilatio instrumentorum causa indulta, testibus quoque producendis recte usurpari posset, per *l.* 1. *h. t.* Sed longe prævalet strictior significatio, qua de Scripturis probationi servientibus ea vox usurpatur, ut tam ex collatione Rubricarum de *Instrumentis & de Testibus*, quam *nigro* per singulas leges deducto liquet: item ex *l.* 15. *C. h. t.* Adeo ut secundum hunc prævalentem vocabuli usum, qui & in Germanicum sermonem penetravit, Dilatio instrumentorum causa concessa, non valeat ad testes producendos, quemadmodum sæpius in Curia Frisiæ scimus esse judicatum; quando qui post lapsum dilationis peremptoriæ vel conventionalis restituti erant, ut instrumenta noviter reperta proferre liceret, testes ejusdem restitutionis beneficio producere conabantur; sub hac tamen exceptione; *Nisi testes & articuli, ad quos interrogandi sint, unice ad instrumenta confirmanda* pertineant: quo casu permissam esse productionem testium ei, qui contra lapsum termini, ut instrumenta processus adhibere liceret, fuerat restitutus, concessam memini *in causa* Jocobi Studises *Requirant en opposeerde, contra* Jeltie Pijtters *d.* 2. *Julii* 1689.

2. Sunt igitur instrumenta hoc loco nihil aliud, quam *Tabulæ*, sive *Scripturæ, quibus Judici intentionis nostræ fit fides.* Dividuntur in Publica & in Privata. Publica vocantur, quæ publica auctoritate munita sunt, ‡ reliqua privatim fiunt. Alia est divisio, quod sint Originalia sive Authentica, vel Exempla, quæ ex originali transscribuntur, *l.* 2. *h.* & *l.* 4. *§. ult. Famil. ercisc.* quanquam ubi plura ejusdem tenoris instrumenta conficiuntur, hæc omnia licet authentica, pariter exempla & exemplaria vocantur, *l.* 24. *ff. Qui testam fac. poss. l. ult. de His, quæ in testam. del.* & *l.* 47. *de Legat.* 2. relatione ad usum facta, quatenus quæ uno plura sunt, exemplarii vice funguntur, *d. l.* 47. *§.* 2. Sed publica vel stricte & proprie vel latius & improprie intelliguntur. Stricte publica sunt, quæ habent Reipubl. autoramentum, ut sunt tabulæ censuales, *l.* 3. *C. Sine cens. reliqu.* & *l.* 10. *de probat.* apochæ publicarum functionum, i.e. est tributorum & vectigalium, *l.* 2. *C. de Jur. en phyt.* & *l.* 6. *C. de Suscept. Tit. C. de Apoch. publ.* Acta judiciorum, vel extrajudicialium negotiorum apud officium celebrata, *l.* 2. *C. de Edend. l.* 31. *C. de Donat.* & *l. ult. C. de Re Judic.* Denique, negotia privatim composita inque scripturam redacta, dein recognita in judicio, publicoque munita sigillo, recte eodem strictiore sensu Publica censentur, per *l.* 19. *C. de Testam.* ubi; *Actis Judicis publicavit Judicium.* etiam si videlicet antea sint composita, *c. Scripta. e. quoniam X. de Fid. instrum.*

3. Publica laxius & improprie accepta, vocantur

‡ Quæ adeo in Saxonia recognitione adversæ partis non amplius indigent. *O. P. S. E. I. & E. Tit.* 25. *§.* 1.

tur instrumenta, quæ a Personis publice ad instrumenta facienda constitutis, sunt conscripta, vel confirmata, & subscripta, quales olim erant Argentarii in rationibus, *l. 10. §. 1. de Edendo.* ubi; *officium eorum atque ministerium publicum.* Item Tabelliones, sive ut hodie *Notarii*, nam hi *chartas publicas agere* dicuntur in *l. 3. C. de Tabular.* & publica vocantur instrumenta in *Nov. 73. c. 5.* Quam autem improprie talia Tabellionum instrumenta vocentur *publica*, docet *Lex 11. C. Qui potior. in pign.* ubi parum abest, quin ἰδιοχείροις privatis adæquentur. Imo nusquam invenio, Instrumenta per Notarium sive Tabellionem confecta, majorem habere vim probandi quam a privatis scripta, si modo hæc habeant trium testium subscriptionem, ut clare liquet ex *d. l. 11. & Auth. si quis*, subjecta, collata cum *Nov. 73. c. 3.* ut inde tuto statuere liceat; quælibet instrumenta trium habentia testium subscriptionem habere vim plenam probationis, ut illa non inconcinne privato-publica vocari possent. Hæc res ad effecta instrumentorum, de quibus *infra*, pertinens, heic erat occupanda. Hoc satis etiam constat, Instrumenta per tabelliones confecta, non valere sine testibus, *Nov. 73. c. 5.* cum in vere publicis nulli testes desiderentur, sed publica conscientia sufficiat, *l. 19. in pr. C. de Testam.*

4. Ad instrumenta per Tabelliones facta requirit Justinianus, ut præmittatur 1. nomen Imperatoris, 2. annus Imperii ejus. 3. Consul. 4. Romanæ indictionis annus. 5. Mensis & dies, *Nov. 47. cap. 1.* quibus adde 6. nuncupationem & subscriptionem testium duorum cum Tabellione, *d. N. 73. c. 5.* vel trium testium privatorum, qui etiam sine Tabellione vim probandi habent, *d. Nov. cap. 2.* Denique 7. partium subscriptionem, *ibid.* His additur a Dd. octavum Requisitum; Invocatio nominis divini, quod scilicet primo loco ponitur. Verum ut in legibus non requiritur, ita nec moribus ubique receptum est, nulloque modo contractus ex ejus omissione vitiatur,* A. Matth. *d. disp. 9. th. 54.* Loci, quo negotium sit actum, mentio nusquam requiritur, nec a Dd. suppletur, adeoque non est necessaria, tametsi multis modis fieri potest, ut ejus adjectio sit utilissima, uti recte monet Gudelin. *de Jur. noviss. c. 11. n. 20.* Quod attinet ad mores, non ubique illa requisita omnia sunt necessaria; quanquam Thomasius omnia moribus Saxonicis esse necessaria, scribat in Schol. ad *Posit. 6. h. t.*

Invocatio nominis divini, de qua dictum est, neque nunquam, neque semper, adhibetur hodie: Fere in rebus sanctioris ἀναθεωρήσεως, veluti in Testamentis ob præsentem æternitatis meditationem, & in contractibus matrimonii, similibusque: Atque illum rariorem usum non tam neglectui, quam religionis curæ adscribendum censeo, ne mentio divini nominis vilescat, & profanetur dolis in forensibus negotiis sæpe latentibus, quo nisi fallor, pertinet illud tritum, *In nomine Domini incipit omne Malum.* Nomen Imperatoris aut Principis sub Imperiis Monarchicis servari, consultum, ut & annum Imperii ejus, etsi non ubique: apud nos id usum non habere palam est. Consulis loco fungitur hodie annus a Christo nato. Romanæ indictionis æra nostratibus extra Kalendarii usum ignota est.** Mensis & dies addi solet, neque non debet, ut tamen instrumentum ejus omissione non vitietur, ne Testamentum quidem, ubi maxime alioqui usum haberet, ut Sandius docet *lib. 4. tit. 1. def. 9.*

5. Nuncupatio Testium, in ipso instrumenti tenore melius fit, & facienda videtur; ut tamen, si appareat subscriptio, prævia nominatio nullum inferat vitium. Subscriptionem testium in Notarialibus instrumentis, sunt qui necessariam esse negant ex *d. Nov. 73. c. 5.* Sed Justinianus requirit τὴν ἐν γράμμασι τῶν μαρτύρων, ὡς εἴρηται, παρουσίαν, *Testium in literis, ut dictum est, præsentiam*, quæ, nisi fallor, est subscriptio. Tametsi verum sit, probationem ideo non intercidere, si

* Multis hanc nominis divini invocationem ad formam instrumenti pertinere, adeoque necessitatis esse, persuasum est. v. *Volckmann. Emend. P. II. p. 74. & alleg.* ibi Dd. maxime autem Constitutionem Maximiliani *II. R. I. de A. 1512. §. 5.* verbis: Daß im Anfang, nach Anruffung des göttlichen Namens, (von dem alle Gutthat kömmt) ꝛc. A Notariis haud tuto negligetur, quod in aliis instrumentis publicis privatisque forte est secus. Aliquando tamen æquius videbitur, contrahentes alienæ culpæ reos non facere; & ob omissam Invocationem nullitatis pœna non mulctare, ut omnino visum *Fac. Jur. Lips. M: Jul. 1705.* teste Ill. Menckenio *ad O. P. S. tit. 24. §. 2.*

** Indictio Romana apud nos a Notariis omittenda haud est; circa eam errorem tamen dura nullitatis animadversione coercendum haud esse, plus simplici vice JCtis Lipsiens. placuit, teste Ill. Mencken. *O. P. S. Tit. 24. §. 2.*

per

per alios testes rei gestæ veritas demonstrari possit, *d. Nov. c. 2.* Adde *l. 17. C. de Fid. instrum.* Sed hac de re locus infra offeretur. *Moribus nostris*, ait Thomasius *in Scholio ad posit. 7. b. Saxonicis in Notarialibus instrumentis Partium subscriptio non est necessaria.* Cæterum Instrumenta proprie publica, magis est ut subscriptionem, quod ex legibus constet, non requirant, ut modo dictum ex *l. 19. C. de Testam. & l. 31. C. de Donat.* Imo ne partium quidem subscriptio in his est necessaria, cum sufficiat in Actis memorari; *Talem stetisse in judicio & declarasse, καὶ τὰ ἑξῆς.* Communiter tamen apud nos, subscriptionem ejus, qui se obligat, in judicio quoque necessariam credunt; ut ægre persuaserim aliquando, illam omitti posse in quadam Curia, cum socer cœcus in judicio fidejuberet pro genero suo publicarum actionum Actuario, neque subscribere posset: Publicæ fidei conscientia valet heic pro testium numero, ut *aliquoties* dictum. Postremo, plerisque instrumentis usu antiquo & hodierno inseritur hypotheca bonorum, & clausula prorogationis; sive submissio Curiæ. Quod autem aliqui seriem rei gestæ inter requisita ponunt, ut Pacius ad *h. t.* minus fit accurate; quia rem ipsam a requisitis suis separari consentaneum est.

6. Quia vero Instrumenta facile pereunt, Usus magister docuit necessitatem Protocollorum. Quæ sunt *memoriales scripturæ Tabellionum, quibus in Codice aliquo, gesti actus substantia collocatur*; ut inde pleni tenoris instrumentum conficiatur. Hunc enim finem & formam vox indicat, quia πρῶτον κῶλον nihil est aliud quam *Prima Scriptura.* Justinianus tamen in *Nov. 44.* vocem aliter usurpat: Nam per protocollum intelligit chartam, in cujus capite habetur titulus Comitis sacrarum largitionum, & tempus, quo charta facta est, *cum cæteris*, cujusmodi chartas instrumentis scribendis solummodo adhiberi jubet, sicut hodie chartas sigillo publico insignitas ad eum usum Tabellionibus injungi videmus. Sed Doctores *Protocollum* ejus, quem dixi, usus intelligunt saluberrimi; ut si instrumenta desiderentur, quod frequentissime accidit, hi quorum interest, ad protocollum recurrere atque inde juris sui probationem petere possint. Habent enim publicam fidem, utpote scripta ab iis, qui jus *publice agendi chartas*, ut ait *Lex 3. C. de Tabul.* acceperunt: Quod ut melius in tuto collocetur, prudenter ab Illustr. *Hollandiæ Ordinibus* constitutum est, ut Notariis vita defunctis Protocolla deferantur in secretarium judicii cujusque loci, ut illic in usum publicum custodiantur, Edicto *d. 22. Aprilis 1670.* cujus legis providentia ante aliquot annos ipse cum sociis potiti sumus hereditate quadam fideicommissaria, cum testamenti copiosam nullam haberemus.

7. Ordines Frisiæ nihil enixius magisque severe Statutis suis sanxere, quam ut Tabelliones habeant *Protocolla* omnium contractuum, Testamentorum, aliorumque Actorum, quibus opera ipsorum adhibita fuerit, idque cum accurato indice bene custodiant, ut illuc semper recursus, ubi necesse fuerit, haberi queat, sub interminatione perdendi officii in perpetuum, ac insuper arbitraria pœna, ut loquuntur Ordines *lib. 3. Stat. tit. 1. artic. 3.* Forma faciendi protocolla præscribitur *ibidem* hæc, ut eodem ordine, quo instrumenta confecta sunt, eadem protocollo inserantur: adeoque non debeant esse *Minuta* sive rudes negotiorum delineationes, cujusmodi vox πρῶτον κῶλον designare videtur, sed ipsa Actorum substantia, vel potius exempla vim authenticam habentia. Proinde secundum originale protocollorum institutum & Legis Frisicæ præscriptum, ipsa Instrumenta contrahentium testiumque subscriptione firmata partibus tradenda sunt, & exemplum ejus manu Tabellionis confirmatum Protocollo inserendum, quod secus apud *Batavos* aliisque locis servatur, ubi contrahentes atque testes in Protocollo subscribunt, & exempla manu Tabellionis munita partibus eduntur, ad quam consuetudinem spectat Quæstio apud Doctores agitata, & a Wissenbachio *ad h. t. th. 25.* relata, an Protocollo non extante, Instrumentum Publicum fidem faciat. Affirmatur eadem ratione, qua instrumento a partibus subscripto pereunte, Protocollum a solo Notario subscriptum vim probandi apud nos haberet. Hac enim gratia receptum est hoc institutum protocollorum, ut altero deficiente, non pereat probatio. Si quid in Frisia Reformationis egeat, inter ea censeo ponendum esse neglectum Protocollorum, summo publicæ rei detrimento; Quatenus illo brevi tempore, quo mihi licuit In Foro versari, nescio quot exempla Instrumentorum magni momenti, quæ perierant, hominesque gravibus jacturis adflixerunt, extiterint. Causæ tam enormis neglectus videntur fuisse, desidia Notariorum, & tenacitas contrahentium, ne duplex salarium solverent. Quibus tamen removendis facile sufficeret judicum gravitas, si vim

probandi non darent instrumentis, nisi forma Statutis & Jure Civili præscripta compositis. Est alia ratio difficilioris refutationis. Quod homines nolint secreta ultimarum voluntatum & æris alieni, quæ duæ res materiam Instrumentorum maximam faciunt, legi in Protocollis Notariorum; qui plerumque non sunt ejus fidei & gravitatis, ut conscientiam arcanorum sustinere queant. Nec tamen hæc ratio tanti videtur, ut requisita Juris communis & Statutarii subvertenda fuerint, quibus alibi gentium corrumpendis eadem ratio non suffecit. Quod si Notarii Statutis hac parte parerent, facile Procuratores & Advocatos, qui nunc instrumentis scribendis æque dant operam, quam Notarii, finibus officii sui profligarent.

8. Hac occasione de NOTARIIS eorumque officio paucis agere placet. Est igitur Notarius, *Vir bonus, acta secundum leges concipere peritus, eamque ad rem publice constitutus.* Virum bonum esse debere, natura negotii & Statuta gentium requirunt. Nostra *lib. 3. tit. 1. art. 2.* ubi, Ad officium *Notarii nemo admittatur, quam homines bene morati & publice pro talibus cogniti*; sic enim verba *vermaerde mannen* accipienda; non celebres, aut clari simpliciter, cujusmodi ἐπίσημον non capit illorum functio. *Artis scribendi peritum esse debere*, non est quod approbetur, nihilo magis quam *secundum leges* id esse faciendum. In eum finem solent examinari, sintne legum & Statutorum hac parte satis periti; quod Statuta Frisiæ præcipiunt *d. tit. 1. art. 2.* Nec enim facultas instrumenta conficiendi, fine rerum, de quibus concipiuntur, notitia recte fieri potest. Examinandus igitur Notarius non scholastice, verum pinguius & summatim, de his juris articulis, de quibus instrumenta confici solent, ut sunt nuptiæ, pactorum dotalium requisita, de Testamentis, & omni ultimarum voluntatum genere, de Contractibus eorumque accessionibus, de Privilegiis mulierum minorumque, de cautionibus, & clausulis, in quovis negotiorum genere solitis adhiberi, atque id genus alia.

9. Officium Notarii, ‡ in ipsa instrumenti confectione incipit a *mandato* partium, vel saltem ejus, cujus oneri præjudicioque serviet. Nam si absque tali mandato vel declaratione prævia, instrumentum conscribatur, manifestum est, eum qui in tali instrumento aliquid egisse vel promisisse dicitur, non teneri; quanquam si in instrumento habeatur, aliquem adfuisse atque mandasse, ei relationi quamdiu contra non fuerit probatum, fides habeatur, *§. Item Verborum. 11. & §. Si scriptum. 17. I. de Inutil. stip. l. 14. C. de Contrah. Stipul.* In hoc monitum absolute necessarium, aliquando impingunt nostrates Notarii & Scriptores publici instrumentorum, qui sæpe mandatu unius partis, ad cujus commodum pertinet instrumentum, si *Vir bonus & gravis sit*, (aliquando & hoc insuper habito,) illud parant, eique credunt, ut a debitore subscribendum curet, ipsi postremo subscribunt, debitore non viso. Hinc erat fas dubitari, an instrumentum eo modo confectum vim probandi haberet, maxime cum Statutis nostris *lib. 3. tit. 1. art. 3.* sollicite injungatur Notariis, ne instrumentis comprehendant personas, sibi vel testibus sibi adjunctis ignotas. Et tamen adeo neglectim Notariale institutum apud nos habetur, ut cum hoc sæpe, nec raro, ut fatendum, bona fide, ad sublevanda itinerum incommoda, contingat, aliquando sciam esse dubitatum de valore talis instrumenti, in hujusmodi causa, cujus historiolam adjicere placet.

10. *Anna Lamberti*, vidua *Lasii Petrei* civis Snecani, conveniebat ex instrumento ab Advocato quodam utriusque Juris Doctore Sneeæ conscripto, sine testibus, (ut fert usus Frisiæ, scilicet qui in medio foro, invita Jurisprudentia, invaluit,) *Tadium* quendam, ob solutionem trecentorum supra bis mille florenorum aureorum, cum usuris plurium annorum, quos socer ejus, cujus per uxorem mortuam Tadius heres factus erat, mutuo accepisset a Lasio soceri fratre. Cum essent conjecturæ, debitorem illum eo tempore non accepisse tantam pecuniam mutuo, quidam amicus Tadii convenit Scriptorem, eumque

‡ Decisione Elector. XXXVIII. cautum est, ut in causis criminalibus, actuario jurato adjungatur notarius publicus Cæsareus, nisi actuarius ipse ea potestate gaudeat. Idem est repetitum novissimo jure, & ut Actuarii, iidemque notarii, in casibus, ubi notarii præsentia opus est, se ea potestate gaudere, sub mulcta 5. thalerorum annotent. Exceptio est in Auditoribus, castrensibus nempe judicibus, ut Noster Serenissimus A. 1718. 12. April. rescripsit. Cæterum Notarius publicus Cæsareus ex edicto Anni 1721. 19. Febr. non admittitur in Terris Saxonicis, nisi a Facultate Juridica Saxonico-Electorali examinatus, & in Regimine Dresd. immatriculatus fuerit. *O. P. S. E. L. & E. Tit. 2. §. 7.*

que post multas ambages eo redigit, ut fateretur, se debitorem non vidisse, nedum pecuniam numeratam, etsi hoc in instrumento haberetur; Sed Lasium, qui summæ Vir fidei habebatur, sibi jussisse, ut ejusmodi obligationem scriberet; scriptam accepisse, ut debitori, qui adesse non posset, subscribendam offerret; post aliquot dies retulisse subscriptam, seque non dubitantem de fide hominis spectati, subscripsisse deinceps. De tali causa ut ancipite, miretur aliquis esse laboratum, & laboratum est satis, idque ob has rationes: 1. Quod per agmen ingens testium probaretur, Lasium fuisse Virum probum & veracem, in quem tanti falsi non caderet suspicio. 2. Quia sæpe talia fiunt in Frisia, nec *articulus* ille *tertius* ex Statutis citatus, in plerisque servetur. 3. Quod subscriptio infra obligationem posita, cum manu Soceri debitoris collata, optime conveniret. 4. Quod Scriptor ille Doctor Juris corruptus esse posset in ultima declaratione: Quin priorem in officio factam, & instrumento, quod pro publico haberetur, expressam, meliore fide esse dignam. Responsum ad primam rationem, Tales, qui pro veracibus & probis habeantur, maxime valere ad fallendum, & vera reprobatum erat, fuisse eum imprimis callidum, ut vulgo *Doctor* vernaculus diceretur. Accedebat dolor præsumptus ab intercepta Lasio successione; idem quod vivus usuras a Tadio pluribus annis petere non ausus erat; etsi instrumento adscripserat, ab originali debitore aliquot annorum usuras esse solutas. Ad 2. Pessimi moris nullam esse consequentiam, & si in Statuto illo quædam obsoleta fiunt, mandatum debitoris ita ad substantiam instrumenti pertinere, ut obsolescere nequeat. Ad 3. Comparationem literarum, haud quaquam solide probare, *uti mox videbimus*. Præter quod etiam constitit, illum imitandi manus alienas fuisse peritissimum, quod tamen non nisi post confectas in judicio probationes, adversario innotuerat. Ad 4. Ad minimum per ultimam Scriptoris declarationem, fidem ejus, qua instrumentum unice nitebatur, sublatam, consequenter ipsum instrumentum inutile ad probandum esse factum. Sed in Jure ita cautum est, si testes instrumento adhibiti aliud deponant, quam ipsi in instrumento professi sunt, testimonia jurejurando firmata majoris esse fidei quam probationem, nec aliter fidelia censeri documenta, quam si subscriptorum viva declaratio, cum instrumenti relatione conveniat, *Nov. 73. c. 3.* Atqui testis unicus heic erat ille Doctor juris, qui juratus ea, quæ diximus, retulerat. Ergo prævaluit in ista causa, & merito, ut contra instrumentum, etsi πληθυντικῶς, ac ægre judicaretur.

11. Pertinent hæc ad formam Instrumentorum; sed fluit inde Quæstio ad effectum probationis, quæ formæ instrumenti cohæret, spectans, ejusmodi, qualem in *Armenia* Justinianus usu venisse narrat, in *d. Nov. 73. c. 3.* An quod Imperator ibi decidit, *si testes aliter quam in instrumento scriptum est, deponant, majorem esse testium fidem;* id etiam obtineat, si testes *negotio quidem adfuerint*, sed instrumento super eo composito *non interfuerint*, nec ei subscripserint. Disceptatum est ea de re in tali causa. Vir Nobilissimus conveniebat Sempronium nomine cesso ad solvendum pretium fundi venditi. Is autem deducere volebat pretium mensuræ minoris, quæ reperta fuerat post venditionem; Actor hoc ei jus competere negabat, quia fundus ad speciem venditus fuerat, *soo groot en klein de Landen mogten zyn*, ut scriptum erat in literis instrumenti, quo casu non posse fieri deductionem, probavimus *Part. II. pag. 973. n. 8.* Sed emptor per testes, qui venditioni adfuerant ut pararii, probabat, ita convenisse, venditumque esse fundum ad *mensuram, t' einde mate t' einde gelt;* qua formula deducendi facultas datur, ut *ibidem* tradidimus. Quæstio in hoc erat, utrum instrumento, an testibus major esset habenda fides. Plerique Domini testes præferebant, *arg. d. Nov. 73. c. 3.* accedente deductionis illius æquitate, qua parum abest, quin doli realis venditorem, eam non admittentem, arguat. Aliis tamen ita videbatur; Sanctionem Justiniani non habere locum, nisi quando testes ipsi instrumento conficiendo firmandoque sunt adhibiti, & deinceps aliter quam fert *collatio literarum*, jurato deposuerunt, ut verba *Nov.* satis perspicue declarant. Heic res aliter se habebat. Testes interfuerant venditioni, Instrumentum deinde conscriptum partibusque prælectum fuerat, testibus illis non præsentibus. Dicendum videbatur, instrumentum potius sequendum; quia cum testes & instrumenta, quæ sunt in forma probante, super eadem re seorsim consistunt, atque confligunt, hæc sine dubio prævalent, ut *mox videbimus*; accedit, quod post illam rem coram testibus gestam, partes aliter convenire potuerint, imo aliter, ex instrumenti compositione, prælectione, & subscriptione convenisse videbantur. Secus tamen in prædicta

cta causa, vel per sensum generalem *d. cap. 3.* vel ob æquitatem deductionis illius placuit; *D. T. ab A. contra Claes Tjaerts, ante ferias O. S. 1680.*

DE EFFCTU PROBATIONIS *per Instrumenta tam privata quam publica.*

12. Quod attinet igitur ad fidem instrumentorum, de illis est hæc regula generalis; In litibus exercendis eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium, *l. 15. C. h. t.* Nec tamen desunt res, quarum fluxa solet esse recordatio, in quibus instrumentorum solidior est probatio quam testium, maxime in designandis exacte rerum actarum temporibus, veluti in ætate probanda, *l. 3. C. Si minor se maj. dix.* ubi. *nisi palam & evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis.* Quid igitur, an ætas per Testes nullo modo probari potest? Non censeo, id absolute prohiberi, sed in casu *d. l. 3.* duntaxat, si minor instrumento per sacramenti religionem se majorem adseveraverit, & postea tamen beneficium in integrum restitutionis imploret. Alioqui in venia ætatis impetranda, si desit testimonium baptisterii, vel adnotationis Parentum, non dubitatur, quin testes, qui causam scientiæ, quæ petitur, a comparatione rerum ipsis certo cognitarum reddere possint, admittantur; velut si testis habeat ipse liberos antea vel post paulo natos, si ab ineunte ætate sibi fuerit æqualis & id genus alia. Quin neque testes ab auditu repelluntur, si *adspectus* suffragetur, *d. l. 3. in pr.* sicubi non vertatur præjudicium tertii, ut quotidie servatur. Cæterum, de publicis instrumentis indistincte prædicatur, illa testibus esse potiora, *l. 10. de Probat. l. 31. C. de Donat.* de omnibus autem indistincte, si de fide eorum non dubitetur, nec falsi arguantur, adversus scripturam non esse testes audiendos. Paulus *5. sentent. 15. ibique* Cujacius, adfirmans tamen id in libris Justiniani non extare. Nam *lex 1. C. de Testib.* e Basilicis ab ipso adsuta, non a Justiniano est, *13. obs. 38.* Eam tamen & legem & regulam laudant ut Justinianæam, Præceptores nostri Ant. Matth. *de Judic. disp. 9. th. 56.* & Wissenbach. *ad h. tit. th. 21.* Falsi autem accusatio tam adversus publica quam privata instrumenta procul dubio admittetur, *l. pen. & ult. C. ad L. Cornel. de Falf. l. 2. h. t.* Quod si falsi non arguantur; testes quidem non audientur contra tenorem narrationis in instrumento rite confecto; Sed quo minus res in eo narratæ refutentur, nihil impedimento est. Sic professio mulieris, quæ a marito repudiata, cum esset gravida, puerum odio viri in Actis Publicis declaravit spurium, refutatur, ut tamen Actis non derogetur fides, *l. 29. §. 1. de Probat.* Imo etiam testes admittuntur adversus ipsum tenorem narrationis, tam de veritate quam de solennitate. *§. item verborum. 11. & si scriptum. 16. I. de Inutil. stipul.* juncta *l. 7. §. 12. de Pact.*

13. Quæro igitur, quis sit effectus hujus regulæ; *Quod contra fidem instrumenti testes non audiantur.* Nam si tu dicas, hoc ita esse capiendum; *si de fide eorum nihil dicatur,* ut Paulus *d. c. 15. §. 3.* id parum abest, quin sit cavillatorium; Quorsum enim productio tua testium contra instrumentum, si nec tenor narrationis nec res narratæ falsitatis arguantur? Vix est igitur, ut aliter usum habeat regula, quam ratione *post facti*, si quis debitum instrumento comprehensum dicat esse solutum, integro & apud Creditorem adhuc existente instrumento: Non audietur, nisi ex Constitutione Justiniani quinque testes integræ fidei adfuerint, *l. 18. C. de Testib.* sed hoc aute Justinianum non videtur obtinuisse, quemadmodum certe nec hodie servatur, sufficiente duorum inrefragibili testimonio; teste Sandio *lib. 1. tit. 10. def. 8.* Fabr. *4. Cod. tit. de Test. def 23. n. 13.* Cur enim non æque sit admittenda probatio, quod debitum instrumento comprehensum sit solutum; quum & narrationem & narrata veluti falsa refellere liceat? Hoc igitur modo adversus instrumentum audietur testis; verum si quis de fide tabularum, aut eorum, quæ tabulis continentur, aliquid dicat, is æque audietur. Proinde oportet ad hoc relabamur: Si fas est, tam narrationem ipsam quam res narratas refellere, si licet ipsum instrumentum, ut est compositum, arguere falsi, ut modo licere traditum est, denique si & debiti instrumento comprehensi solutionem postea factam per testes probare licet, quis superest usus aut sensus hujus regulæ; *Testes non audiuntur contra Instrumentum?* Quid enim hoc est? Videtur esse inepta Contradictio: Adversus *Instrumentum, quod falsi non arguitur, testes non audiuntur.* Videamus, an hoc modo explicari possit; Qui se obligavit in instrumento sciens ex falso fundamento, & ex quo non obligaretur, si professus non fuisset obligationem, ille se non potest eximere obligationi, nec admittitur ad contrariam probationem. Demus exemplum rei judicatæ

ante hac etiam commemoratæ. Sempronius cum uxore, uterque suo nomine, sed adscripta qualitate heredum Titii, qui frater uxoris fuerat, vendiderant prædium, seque pro evictione pariter obligaverant. Uxore mortua, Sempronius cum uxoris heredibus ab emptore conventus est super evictione. Respondit, se non teneri; tantum venditionis auctorem uxori fuisse, quanquam errore Tabellarii, & suo, fine mentione qualitatis alienæ collocatus esset, multo minus se jam finita qualitate mariti, esse conveniendum. Hæc erant vera in se; attamen quia scriptum erat in Instrumento, cui ipse subscripserat, sese evictionem præstiturum, non poterat audiri probatio, contraria scripturæ tabularum. Proinde condemnatus est, salvo regressu adversus uxoris suæ heredes, *in causa Rienk Douwes Boxumani*, contra *Claes Claessen Kimswertensis cum socio*, ante magnas ferias 1679. Si quis hoc minus idoneum aut insufficiens arbitretur, omittat regulam, & dicat, adversus instrumenta rogari testes, & perpendi posse, utrum major fides illis insit, quam instrumento, *per Leges modo citatas*.

14. Effectum probationis ad publica instrumenta restringi, notum & aliquoties dictum; sed & hoc intellectum est, Privata, quæ habent trium testium subscriptionem, plenam facere fidem, *d. Nov. 73. c. 3.* nec vero publica, quæ per Tabellionem fiunt, fine testibus (ut videtur, duobus, quia numerus plurium duobus est contentus,) valent, *d. Nov. c. 5.* Qui textus docent; inter ejusmodi publica & privata, paribus munita testibus, exiguum quoad vim probandi, aut nullum esse discrimen: Eadem Nov. a Literarum imperitis quinque testes adhiberi præcipit in *Cap. 8.* quorum unus pro imperito literarum Negotii domino subscribere jubetur: Unde satis apparet, quod multis in locis deficiente scribendi peritia, pro literis admittuntur *notæ*, tam contrahentium quam testium, id non convenire cum ratione Juris, ut observant Faber *4. C. tit. de fid. inst. def. 23.* A. Matth. *disp. 9. Judic. th. 46.* quia quicquid in illiteratis, hoc est, scribendi imperitis, incommodi lex metuit, id in talibus, qui nullam literam norunt, obtinet. Quanquam apud nos id usu tacito sic inolevit, ut signa notæve, quas pingunt rustici simplicesque mortales, indistincte pro literis valeant, etsi ad Testamenta quod attineret, aliquando substitisse Curiæ Supremæ Δικαστοπόλυς, intelleximus, non fine summa ratione, ut in loco *dictum* & *dicetur*. Vicit tamen usus. Quando igitur privata instrumenta sufficiente numero testium munita pro publicis funguntur, in eo res desiuit, ut quoad vim probandi, distinctio non tam inter privata & publica, quam inter *munita testibus* & ἰδιόχειρα, sive *chirographa propria* valeat.

15. Scripturæ testibus non munitæ duobus juxta tabellionem, vel tribus aliis, nullam habent vim probandi, nisi quatenus contra eum, qui manum suam agnoscit, proferuntur; ‡ pro scribentibus non valent instrumenta domestica, privatæ adnotationes, vel testationes, neque rationes, *l. 5. 6. C. de Probat.* nec etiam defuncti declarationes in testamento factæ, etsi juratæ, prosunt heredibus, *l. 7. C. eod.* etsi contra illos valeant, *Auth. Quod omnimodo. C. de Prob.* aliis inquam, non præjudicatur, ut *ibid. in fine & d. l. 6.* D. Wissen-

‡ Documenta recognoscibilia, licet in iis recognitioni fuerit renunciatum, in termino salvis exceptionibus sunt recognoscenda, aut in contumaciam pro recognitis habenda, qua fini partes statim ab initio sub præjudicio citandæ, quod judex faciat sub 5. thalerorum mulcta, interlocutoriis sententiis super recognitione abolitis. Documenta peregrini idiomatis, quæ producens a jurato interprete versa sub amissionis pœna articulis probatoriis & reprobatoriis adjunget, itidem sunt recognoscenda, salvis iis, quæ productus in ipsa recognitione vel subsequenti disputatione contra interpretationem monenda duxerit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 25. §. 3.* Diffessurus, ad diffessionem absque interlocutoria sententia, concesso brevi 8. aut 14. dierum spatio admittetur, in documentis propriis hac formula: se nec scripsisse, nec subscripsisse, neque se sciente, aut volente ab alio scriptum, subscriptumve esse; in alienis documentis: se nec credere nec opinari, illum, cujus id instrumentum esse dicitur, istud scripsisse, aut subscripsisse, aut eo sciente volenteve scriptum aut subscriptum esse. Si pars juratura in isto termino juratam diffessionem non præstat, aut ante istum terminum ab ea iterum desistit, licet forte altera pars non comparuerit, cui, si nihil habet, quod moneat, hoc licet, documenta ista, neglectis exceptionibus, pro recognitis habenda, & diffessionem detrectanti mulcta 10. 20. & amplius thalerorum ex arbitrio judicis injungenda, nisi jurato affirmare possit, se, cum ad diffessionem se offerret, documenta omnino pro falsis habuisse, nec eo ipso in dolo versatum esse. *d. Tit. §. 4.*

bach. *ad h. t. th. 23. ubi plures, & omnes ita Auctores.* Nullo jure igitur Theseus Hippolytum incestus arguebat; eo quod Phædra chirographum suum, quo Hippolytum accusabat, morte voluntaria confirmaverat; sic ille.

Ποῖοι γὰρ ὅρκοι κρείσσονες, τίνες λόγοι
Τῆς δ' ἂν γένοιτ' ἄν, ὥς' αἰτίαν φυγεῖν.
Quo Jurejurando, quibus rationibus
Facinus probari posset, ut sis innocens?

Scil. si declaratio moribundæ non sufficiat. Euripides *Hip. v. 319.* sic ille scilicet, affectu abreptus, non judicio ductus.

16. Scriptore chirographi, contra quem profertur, negante suam esse manum, peti potest comparatio literarum a producente, ‡ prævio Jurejurando calumniæ; Instrumentum autem, cum quo comparatur chirographum controversum, debet esse procul omni dubitatione scriptum ab eodem reo, trium testium habens subscriptionem, quorum duo saltem manum suam agnoscant: aliter nullo modo permittitur, ne quidem ex chirographo, quod ipse contra se proferat, *l. 20. C. h. t.* Et tamen ne sic quidem ex comparatione firmum oritur argumentum, ut Justinianus docet in *Præfat. Nov. 73.* quia nunquam defuerunt homines, *qui ad imitationem alienarum literarum semetipsos maxime exercent*, ut *ibidem.* Scriptura, *ex qua fit comparatio*, verba Baldi *ad l. 20. n. 34.* quæ nihil est, *nisi quoddam argumentum a simili & vero simili*, inprimis ad eum finem est fallax, maxime, si chirographum non totum a scribente scriptum, sed tantummodo subscriptum sit, quo casu vix credo, legibus omnino permissum iri comparationis institutum, de chirographis enim ipsis *d. lex 2.* loquitur; & in paucis literulis summa facilitas imitationis fraudulentæ fidem corrumperet. *arg. d. l. 20. in pr.* vid. Donell. *lib. 35. Comm. ad tit. de Fid. instrum. cap. 2.* Mornac. *Auth. Ad hac. C. h. t.* Wissenb. *h. t. th. 22.* Cæterum, hæc diligens observatio Justiniani, in Foro usque adeo exacte non servatur; sed fit comparatio ex privatis etiam scripturis, quas alii fide digni homines, maxime liberi, conjuges & propinqui, bene se novisse, quod sint a manu defuncti, prædicent: Qua in re si comparatio tantum habeatur, ut haberi debet, pro verisimili argumento, non est periculi multum; At verendum est, ne non sæpe nimium ei tribuatur, præsertim apud nos ubi Scripturis privatis certe nimium tribuitur.

17. Fuit apud Frisios consuetudo memorata in *lib. 3. Statutor. tit. 23. n. 1. Quod in hac provincia credatur instrumento contractus confirmato manu & sigillo scribentis.* Credo quod simplicitas & sinceritas gentis hanc consuetudinem nulla falsorum experientia tolerabilem fecerit. Sed in recensendis publicandisque Statutis adjecta sunt hæc verba: *Quoniam in Authentico juxta hanc consuetudinem adnotata reperiuntur hæc verba,* ET MALE, denique, *cum incertum sit, an prædicta consuetudo in hac Provincia unquam approbata sit, vel secus: Eaque res in* HIS TEMPORIBUS *multam fraudibus occasionem præbere posset, si prædicta consuetudo servaretur, statutum est, ut posthac, quod attinet ad Tabulas & instrumenta, Jus scriptum observetur.* Sed ut Reformatores dubitant, an unquam hæc consuetudo fuerit approbata, sic ego dubito, an unquam hæc Reformatio de anno 1602. in usum introducta sit, ut jus scriptum, quod est Romanum, quoad instrumenta servaretur: Adeo quantum memoria repetere, vel a majoribus natu exquirere potui, semper valuit, quod nunc obtinet, ut instrumenta non modo a Tabellionibus, sive Notariis, sed etiam ab Advocatis & Procuratoribus scripta, & a partibus, sine ullo alio teste subscripta, vim probandi haberent; imo etiam idiographa, mediante comparatione literarum, si falsi non redarguantur; etsi nec sigillum, quod vulgo abiit

‡ Hæc literarum comparatio in Saxonia nunc penitus est abolita; quod vero ad recognitionem instrumenti per testes attinet, requiritur, ut admissis adversæ partis interrogatoriis, tam quoad personas testium, quam quoad merita causæ, duo saltim adsint testes omni exceptione majores, qui se, cum documenta subscriberentur, adfuisse, aut a producto ipso, hæc sua esse, audivisse dicant; qui, si juraverint, pars ad diffessionem non admittenda, pœna 10. 20, & amplius thalerorum, quod indecenter ad diffessionem se obtulerit, dictanda, documenta pro recognitis habenda, & si res hoc ita ferat, pars adversa adhibito JCtorum consilio ad suppletorium admittenda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 21. §. 5.* Quid si productus contenta diffiteri velit? potest, si prius juraverit, extensionem, se nesciente nolenteque, factam. Si subscripsisse se fateatur, sed documentum a se non lectum esse excipiat, a diffessione arcebitur, suas vero exceptiones in reprobatione aut si in ipsa reprobatione tale quid contingat, separata deductione judici exponet. *d. Tit. §. 6.*

in

in desuetudinem, fuerit adhibitum, haud raro admittuntur. Ego peccaturum non puto, qui ad hujus consuetudinis elogium repetat illud antiquum glossæ, ET MALE.

18. Sed posita Juris Civilis hac parte disciplina, sunt tamen exceptiones quædam proditæ ab Interpretibus, quibus privatæ scripturæ vim probandi habeant, ut sunt adnotationes parentum de statu & nativitate liberorum suorum, *l. 26. & l. 29. de Probat.* quam tamen non admittit ut exceptionem D. A. Matthæ. *disp. 9. de Judic. th. 52.* De statu certe natalium legitimo, si tertii intersit, parentum testimonia merito suspecta habentur, ut nec abnuit *d. l. 29. §. 1.* Ætatis probationem, aliunde quam ex ejusmodi adnotationibus habere vix licet, ideoque in foro admittuntur in hunc usum. Secunda exceptio ponitur in Rationibus argentariorum; sed non est de regula, quia magis est, ut pro publicis habeantur instrumentis, *l. 10. §. 1. de Edendo.* Idem judicandum de relationibus publicarum personarum super expeditionibus ad officium suum pertinentibus, *arg. d. l. 10. §. 1.* verbis: *quia officium eorum atque ministerium publicam habeat causam.* ac ita *ubique* servatur. Publicam scilicet, non autoritate saltem, sed etiam usu atque exercitio; ne quis Tutorum ut personarum publicarum rationes, idem jus habere contendat, quo nomine pragmaticos reprehendit D. Matthæus *d. th. 26.* Tertia exceptio; si adversarius jam pro se, instrumento aliquo sit usus, id deinde contra ipsum vim probandi habere volunt. Hanc exceptionem D. Matthæus *d. th. 6.* juri scribit esse contrariam; Textum vellem adduxisset, aut rationem. Hæc enim videtur pro exceptione militare; *Quod enim probo, non reprobo;* quod pro me servire feci, contra me pati debeo, *arg. Rubr. D. Quod quisque jur. in alt.* Nec in Foro nostro dubitatur, quin ex instrumentis semel a partibus agnitis probatio recte petatur, ob hoc ipsum, quod agnita fuerunt; adeo ut, si, postquam in judicio agnitum est instrumentum, perierit, ex copia sive exemplo per Notarium cum originali collato, quod alioqui non probat, in eadem duntaxat instantia, jus dici possit, ut apud supremam Curiam, teste Nauta, judicatum est, *in causa Aukien Feikes,* contra *Franciscum a Scheltema, d. 7. Febr. 1643.* hac de re mox pressius. Addit & rejicit aliam D. Matthæus exceptionem, quæ est, quod Scriptura privata, quam plura comitantur præsumptionum adminicula, probationi sufficere possit; quod ita concedere licet, quomodo ex concursu plurium præsumptionum cumulatarum, probatio, quandoque, ut *titulo praeced.* exposuimus, colligi potest; aliter nequaquam.

19. Quinta exceptio est in Mercatoribus, quorum rationes sive Codices rationum, habent vim probandi, ‡ si Jurejurando vel morte Mercatoris sunt confirmatæ, * ut universali fere per omnem Europam consuetudine receptum est, teste Gailio *lib. 3. c. 20.* Tulden. ad *C. h. t. n. 5.* A jure Civili id alienissimum est, quin exemplo perniciosum judicatur, ut ei Scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione privata debitorem constituit, *l. 7. C. de Probat.* ubi nec in Fisco, nec in alio quolibet id tolerandum pronunciatur. Sed postquam Nomina contrahendi vetus ratio, quæ collatis rationibus fiebat, obsoleta est; nec in mercatura, quæ confertim exercetur, chirographa identidem commutari possunt, publica necessitas hunc morem sane quam periculosum invexit. Hæc tamen requisita merito exiguntur: 1. Quod mercator sit bonæ famæ, nec falsi alias convictus, aut valde suspectus, 2. Ut rationes propria manu scripserit, quod tamen non est perpetuum. Quid enim si scribere nequeant? tum si uxor socia mercaturæ, vel alium habet institorem, ab his scriptæ rationes non repellentur: sed numeri notæque memoriales ab illiteratis factæ, non faciunt fidem. 3. Ut causa vel materia debiti sit expressa, neque sufficiant repetita nude *τὰ Item.* 4. Ut sit Liber, qui contineat data & accepta, sive *debet*

‡ Secundum jus novissimum, si utraque pars e mercatorum ordine sit. Si mercator, neglecto eo, quod de chirographo a debitore justa & præscripta forma, ut instrumenti guarentigiati inde naturam habeat, exigendo, Mandato Electorali de An. 1683. constitutum est, adversus alius ordinis hominem agat, & probationis loco librum suum producat, ordinarie non suppletorium, sed purgatorium, aut si pro actore quædam adsint alia adminicula, suppletorium, non libri mercatorii, sed quæstionis principalis est injungendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 30. §. 4.*

* Mors Mercatoris nostri fori observantia Libros ejus non ita firmat, ut jusjurandum vivi; sed aut ab heredibus suppletorie jurandum, aut petendum, ut ob probationem e suis libris semiplenam debitores jusjurandum purgatorium subire jubeantur. V. omnino Celeb. Dn. D. Barthium in *Hodeg. Forens. p. 468.*

& credit, ut loquitur; qua tamen in re conditionis peritiæque hominum ratio habenda. Sane id constat, debere librum esse *pragmaticum*, non tumultuarium, in quo raptim quovis modo res annotentur. Talia fere Gailius *d. cap. 20.* quibus adde 5. Tempus, quo res acceptæ sint, esse exprimendum. Denique, si valde probabiles sint rationes quod non debeatur, maxime si reus docere possit, se nunquam ab illo mercatore solitum emere, non potest, neque debet tribui plena fides Rationibus. Denique & hoc tenendum, Jus hoc Rationum mercatoriarum, ad res quæ ad negotiationis cujusque materiam pertinent, spectare, non ad alia: quemadmodum & fides relationum, quas alii homines publici faciunt de expeditionibus, ad quas ipsi mittuntur, & quas officii ratione peragunt, non ad exotica referri debet, ut recte Gailius *d. cap. 20. n. 8.* Atque hæc ita in usu quotidiano servantur.

DE FIDE EXEMPLARIUM.

20. Porro, effectus probationis qui tribuitur Instrumentis, ad Authentica sive originalia, non ad exemplaria pertinet, *l 2. b* ubi exemplum *scriptura calumniosa* vocatur, ‡ *l. 7. C. de Edendo c. 1. X. de fid. Instr.* Exempla vero concedere debet ei cujus interest, is qui tenet Authenticum, *d. l. 7.* etsi forte jus petentis nondum sit natum; si modo comparatum sit, ut nasci queat; velut si heres fideicommissarius ante conditionem fideicommissi existentem, petat exemplum testamenti, in quo fideicommissum sibi post mortem primi heredis relictum est. Quæ res dubium vix habet, si ab initio petatur: Quando tamen post multos annos, re jam inveterata, petitur, solent heredes fiduciarii esse difficiliores; quasi in annos suos inquiratur, posse tamen ne tum quidem negari copiam, exemplo rei judicatæ firmatum est a Nauta nostro *decis. 15.* inter *Theodorum & Hectorem Wissema*, contra *Johannem Eelkama*, *d. 10. Julii 1640.* Neque descriptum modo exemplum, sed etiam recognitum concedi debet, *l. 5. D. Famil. ercisc.* Recognitio variis modis fieri potest; in summa, vel consensu partium solo, vel etiam auctoritate publica. Consensu partium, sine publica auctoritate, fit sæpe, quando coheredes, ut in *d. l. 5.* aliive consortes, pro singulis totidem exempla fieri curant, ea pariter recognoscunt, & pro authenticis habenda sanciunt; illa tunc inter ipsos eorumque heredes vim plenam habere probandi, non est dubium, per ea, quæ Mynsingerus habet *cent. 6. obs. 74.* Auctoritas publica pari discrimine sumenda, quo *supra* de confectione publicorum instrumentorum diximus, de Magistratu judicibusve, vel de Notariis. Coram Magistratu judicibusve recognitio fieri potest cum pleno effectu probandi, si partes, quarum interest, ad hoc vocatæ atque citatæ fuerint; qua de re videndus idem Mynsingerus *d. cent. 6. cap. 74.* Quod si Instrumenta spectent ad litem pendentem, simplex denunciatio sufficit, ad quam si pars adversa non veniat, collatio nihilominus apud scribam publicum, cum effectu probationis in ea lite, sicut apud nos, procedit, ex Statuto *lib. 3. t. 23. §. ult.* Absque citatione igitur vel denunciatione, facta collatio a Judice vel a scriba publico, non tribuit vim probandi.

21. Proinde nec collatio a Notario, apud quem citatio non habet locum, sine partium consensu facta, vim eandem habere potest: Nisi forte, *si sit idem Notarius, qui scripsit authenticum*, isque inde fecerit descriptum atque recognitum, *hoc habeat vim probandi*, ut tradit Mynsingerus *d. obs. 74. n. 3.* quod notabile esset, inprimis ad usum nostrum; In quo hæc nondum recepta, vel cognita, quod sciam, est exceptio; sed recipi debere videbatur, ob has rationes: Primam; Quia tunc est eadem auctoritas, qua primum originale confectum est, eadem fides publica, in eadem persona: Alteram, quia Doctores consentiunt, exemplum e Protocollo, id est authentico, sub fide manuque ejusdem Notarii descriptum, vim perfectam habere probandi, non extante li-

‡ Hac occasione ex jure novissimo annotabimus, documentorum ab adversa parte productorum, vel alias apud acta jam reperiundorum exempla, non amplius producenda, sed remissionibus ad actorum folia utendum, quæ si plane non, aut non recte sint allegata, pœna negligentem manet 5. thalerorum. *O. P. S. F. I. & E. Tit. 24. § 1.* Cæterum si documentum præter id, quod in controversia est, alia contineat, sufficit istam, quæ ad præsentem litem facit, partem per modum Extracti, articulis subjunxisse, addito documenti initio, fine, & subscriptione, quo facto inducens documento illo amplius non, quam quatenus excerptum est, utetur. Extra istum casum, documentorum, quæ in producentis manu sunt, exempla integra articulis adjungenda, nec altera parte invita revocanda, aut negligenda instrumenta semel inducta, nec in inductione aliis signis & characteribus, præter literas, numeros, & planetarum signa, sub 5. thalerorum mulcta utendum. *d. Tit. §. 2.*

cet

cet Protocollo, ut *supra* dictum est, & probat D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 25.* nec non usus omnium locorum, in quibus Protocolla usurpantur, confirmat. Ergo exemplum de Authentico ipso ab eodem Notario descriptum, licet authenticum perierit, vim æque probandi habeat oportet. Rationes minime spernendæ equidem: Hæreo tamen, nec satis scio, an ejusmodi hoc jus sit, quod in usum (ut, si legale sit, fieri oporteret,) provehi debeat. Justinianus in *Nov. 73.* id agens, ut instrumenta caute conficiantur, fidem Tabellionum non sufficere solam statuit, sed testium præsentiam insuper accedere jubet, *cap. 5.* Verum in exemplo deinde ex Authentico descripto, solius Tabellionis fides, sine testium conscientia reperitur; quæ si non sufficiat in primo originali componendo, nec in recognito faciendo metum negligentiæ aut malitiæ penitus abolire potest. Unde cadit prima ratio, quæ Mynsingeri est; etsi enim eadem sit persona Tabellionis, non adsunt iidem testes, & quod magis, utraque pars abest, quarum subscriptiones Authenticum ab omni suspicione liberant; Quantum igitur abest, ut eadem sit auctoritas in exemplo per Notarium descripto, quæ fuit in *originali* primum condendo! Ratio altera ab usu Protocolli desumpta, non valet Jure Civili, quo id genus Protocolla ignorantur; nec apud nos, ubi similiter ab usu remota sunt. Dein exempla Notariorum e Protocollis descripta, valent ideo ad probationem, quia se referunt ad authenticum, quod semper in Protocollo haberi potest; rarissime enim fit, ut Protocolla pereant. Si placuerit, ut ejusmodi casu inopinato exempla retineant fidem, quam prius habuerant, inde male ad exemplaria quorumvis instrumentorum, quæ facilius pereunt, consequentia ducitur: maxime contra juris rationem modo demonstratam.

22. Roget aliquis, an ubi instrumenta valent sine testibus, ut apud nos a solo Tabellione, Procuratore, aliave persona publica scripta, si ab hisce *copia* sive exempla scribantur, utrum hæc vim probandi habeant, quia testium defectus ibi non obstat? Ne hoc quidem dicendum: etsi enim testium defectus heic non noceat, partium tamen aut partis obligatæ subscriptio, quæ non minoris est momenti, deficit: Ideoque sine consensu partium facta ejusmodi descripta & recognita non merentur fidem, in eoque *per jura modo laudata* desinendum. Hoc tamen observato; si persona publica daret exemplum instrumenti, quod nullius habeat subscriptionem, sed quod totum a fide ac officio illius dependeat, ita ut authenticum ejus per se habeat vim probandi, tunc etiam ejus scripturæ exemplum, ipsius manu editum, eandem vim obtinebit. Ita qui publicis monumentis præsunt *Secretarii*, exempla actorum edentes, fidem faciunt sua manu. Idem de exemplis Actorum Consistorialium, editis a Pastoribus; de exemplis professionum, quæ sunt in baptisteriis a Custodibus templorum editis sub ipsorum manu, servatur, & quo minus servetur, nihil obstat *per jura citata.*

23. Ex superioribus nihil dubii relinquitur, si collatio facta sit ab aliis Tabellionibus, Advocatis, Procuratoribus, Secretariis, quam qui Acta contractusque pro aliis scripserunt, quin ex illis probatio peti & jus dici nequeat, etsi alia concurrant adminicula præsumptionum, quibus efficiatur, ut ἀόσωπον præductum videatur, ejusmodi exemplis negare fidem. Observatum hoc est in sequenti exemplo. *D. Petrus Lomers*, Consul Franekeranus, & Ordinum Frisiæ legatus Novemvir, petebat hereditatem fideicommissariam a *D. Johanne Suiderbaen*, ejusdem dignitatis Consule Doccumano. Nitebatur Actor exemplo Testamenti scripti ab optimæ fidei Notario, qui testis citatus non modo declarabat, se tale testamentum, quod bene meminisset, rogatu illius Testatoris scripsisse, verum se quoque e stylo agnoscere suum dictamen: Recognitum erat ab alio Tabellione non minus probo & diligente, qui subscripserat; *hoc exemplum verbotenus cum Authentico suo convenire.* Repulsus tamen est actor *ante magnas ferias 1679.* Optandum esset, ut similis accuratio in Authenticis observaretur. Qui enim hæc cohærent; Notario publico non creditur exemplum describenti ex Authentico, ne non aliquid desit; sed eidem Authenticum scribenti creditur soli, quod manus subscripta, sit debitoris? Scio, quosdam in disceptatione super illa causa putasse, non ideo probandi vim notariali exemplo denegari, quod fides Notario non habeatur, sed quod incertum haberetur, an non principale sive Authenticum esset abolitum vel cancellatum: quod, ut apparet, non est de nihilo. Sed tamen hæc ratio non minus obstat exemplis *vidimatis*, quæ vocant, sive publicis *copiis*, in judicio, post citationem partium solenniter, vel conventione eorum quorum interest, recognitis & confirmatis: Etiam quando per testes rei gestæ veritas, amisso instrumento, probatur.

Neque tamen illis casibus probandi virtutem labefactari, vel negari videmus. Sed hac de re adhuc aliquid sub *fin. h. tit.*

24. Atque ex his intelligitur, quid de exceptione generali, quam D. A. Matth. *d. disp. 9. th. 73.* & Wissenbach ad *h. t. th. 24.* iisdem uterque verbis collocant, sit judicandum: Post regulam; *Authenticum probare, non exemplum.* ajunt: *Excipiendum est illud, quod fide publica & optima ex Authentico descriptum est, l. chirographis. 57. de Admin. Tut.* Nimis crude ponitur exceptio, cui præcipuum requisitum, *Citatio* partis cujus interest, deest, ut non modo Mynsingerus *dd. locis*, sed & Gailius *t. 94. 28.* scriptoresque ab illis laudati probant. Lex *Chirographis.* quam citant Præceptores nostri, non agit de exemplaribus; sed de fide Inventarii, quod vere publicum est Instrumentum. Hæc res facit, ut religio sit illis adsentiri, qui volunt, instrumenta in publicos indices sive codices redacta, hoc ipso vim probandi habere. Scilicet, instrumenta obligationum hypothecaria, jus prælationis acquirunt insinuatione facta in libros, qui publice in hunc finem a scribis judiciorum habentur; & testamenta, quibus fideicommissa continentur, cis biennium in publicos etiam libros apud Curiam redigenda sunt, alioquin irrita fiunt. Si post insinuationem Authentica pereant, ex illis exemplis, quæ in publicis istis codicibus habentur, Probationem peti posse, sunt qui volunt. Non censeo; quia descriptio illa fit partibus non vocatis, dum vocari possent. II. Quia descriptio illa non fit in eum finem, ut probationi inserviat, sed ut Legi ob usum plane diversum satisfiat. III. Quia descriptio non fit a publicis personis, sed plerumque ab amanuensibus non juratis. IV. Quia fideicommissariis descriptis, ut apud nos habentur, nulla judicialis recognitio adhibetur; insertio sola, vel subscriptio, ad scopum Legis sufficit. Ac ita consultus respondi *d. 3. Mart. 1688.*

Justior exceptio fuerit, quod, si instrumentum qualitercunque recognitum a partibus admissum, & secundum illud jus dictum fuerit, idem exinde in aliis quoque judiciis pro valido ad probandum habeatur; quia partium consensu sic satis illud approbatum videtur, idque indubitati Juris est ac moris in Foro: ut in novissima disceptatione rei maximæ de causa *Amelandica*, ex veterum testamentorum exemplis antea quoque productis, in Suprema Curia judicatum est. Alio tempore Fideicommissi petitio adjudicata est, e copia sive exemplo Testamenti, sine partium voluntate collato; propterea, quod Authenticum alias in judicio agnitum superque eo lata sententia fuisset, ac in divisione inter coheredes agnitum. Cui accedebat, quod duo testes fideicommissum illud, in Authentico ita, ut in exemplo apparebat, scriptum fuisse deponerent, in causa *Dd. Marci & Lælii a Lyklama*, contra *Elkiam ab Aylva, ante ferias natalit. 1681.* Plus dubii fuit in eo, quod *supra n. 18.* memoravimus exemplo. Illic authenticum exemplum, initio litis exhibitum adversario, nec ab eo contradictum, pendente lite, perierat: nec aliud quam exemplum, a scriba publico recognitum, supererat. Reus, non posse ejus a judice rationem haberi, & sibi quoque ad refutandum authentico opus esse, contendebat. Sed Curia Actorem ad juramentum malitiæ, *non esse* factum opera doloque suo, ut Authenticum interiret, admittere non dubitavit, ac ita secundum exemplum jus dixit, inter partes *supra dictas, d. 7. Febr. 1643.*

25. Tempus exhibendi instrumenta, fuit olim idem cum Editione, quæ cum in jus vocatione fiebat, ut olim didicimus ex *l. 1. §. 2. de Edendo.* ubi monitum fuit, exempla Instrumentorum edenda esse sine die & Consule, quod hodie secus fieri diximus, & quare, ad *tit. de Edendo Part. II pag. 616.* Cæterum, ista exhibitio erat præparatoria. Dein rursus ad probandum vel eadem, vel alia deinde reperta instrumenta produci poterant, usque ad conclusionem in causa, secundum ea, quæ de termino probationum generali, dicta sunt *ad tit. præced.* Moribus hodiernis, exhibitio instrumentorum ‡ fit, vel ante, vel post interlocutoriam. Ante, quando junguntur libello aliive Scripturæ litis, in qua fit mentio instrumenti cum intentione probandi; tunc enim exhiberi debet, ut adversarius in ea, quæ sibi videntur, animadvertere possit; qui alioqui respondere non tenetur, ut

‡ Documenta inducta, quorum editio non exspectatur, in productionis termino, in prima vel secunda positione sub desertionis pœna, originaliter sunt producenda, &, ad acta facta annotatione, authentica in judicio relinquenda, donec adversa pars ea satis inspexit, deinde parti sunt reddenda, relata tamen prius ad acta judicialiter vidimata copia; immo, si de forma instrumenti disceptatum est, retinendum est apud acta, parti redditis literis de hac retentione testantibus, & simul cum actis ad JCtos transmittendum. *O. P. S. E. L. & E. Tit. 25. §. 1.*

Statutis

Statutis nostris expressum *lib. 3. tit. 19. art. 5.* Propterea non est fas reo, in ultima scriptura, ubi in scriptis proceditur, instrumentum exhibere, quoniam actor illud tum refutare non potest; vel si reus id fecerit, actor ad ultimam illam scripturam potest respondere, nulla rei contradictione permittenda, ut nostrates præcipiunt in *d. art. 5.* Post interlocutionem de probando, fit productio instrumentorum vel iterata, vel nova. Iterata, quando interrogationes invicem proponuntur: tunc enim juxta positiones de factis controversis, quibus ea probandis exhibita fuerunt ante interlocutionem, rursus iisdem confirmandis adhibentur & adhiberi debent, alioqui non probant, ut vult Mynsinger. *cent. 2. obs. 13. pr.* ac ita judicatum in Camera testatur, cujus tamen rei non video rationem. Cur enim quod ante interlocutoriam, in forma probante ut adversarius id refellere potuerit, exhibitum est, & quod semel probatione functum est, ad finem usque litis probationi non sufficiat? Fit quidem semper, & fieri debet, ut denuo apud interrogationes post interlocutoriam proferatur: Verum si quis *remissive* in positionibus instrumentum ante exhibitum & quod etiamnum apud Scripturas ante interlocutoriam extat, vel in promptu haberi possit, laudet, eoque provocet, non putem id vim probationis amissurum. Nisi fallit memoria, vidi id quidem accidisse, ut Curia nostra non rejiceret demonstrationem.

26. Nova productio fit post interlocutionem, eorum Instrumentorum, quæ prius allegare probationis causa usu non venit, eaque adversarius per reprobationes suo arbitratu & quovis tempore, d nec probationes publicatæ sunt, refellere potest. In quem finem apud officium Commissarii, quo parti adversæ insinuentur, tradenda sunt, addito, in quem finem proferantur, *d. lib. 3. tit. 23. art. 3.* Idque non potest commodius administrari, quam fit quotidie, ut novæ positiones adversario apud Judicem proponantur, quibus mediis probatio ex novis instrumentis inducitur. Post publicationem, ante conclusionem causæ & renunciationem, adhuc instrumenta exhiberi possunt in judicio, præsente adversario, cui judex ad refutandum sufficiens spatium præfigat, *d. tit. 23. art. 4.* Postquam vero partes in causa concluserunt, nulla amplius Instrumenta proferri possunt: nisi quæ forte deinceps reperta fuerint, idque causa cognita, ac ut videtur, restitutionis in integrum beneficio, cum Lex nullam producendi, quam ante conclusionem, tribuat copiam; etsi id aliis displiceat, ut Mynsingerus indicat *d. cent. 6. obs. 56. n. 9.* Sed apud nos ita servatur, & recte; Quid enim est aliud Restitutio, quam amissi juris redintegratio? & quis negat, jus instrumenta proferendi, per conclusionem amissum, aut etiam alias per lapsum termini dilationis peremptoriæ a judice præfixi? Sane, si pars adversa non contradicat, productionem rite fieri, non est ambigendum, Mynsinger. *ibid. n. 10.* Post sententiam an instrumenta noviter reperta ‡‡ proferri possunt, ad effectum sententiæ, & *Tit. de Re Judic.* pertinet, eoque id referemus. Tu vide sis eundem Mynsing. *cent. 4. obs. 60.*

27. Hactenus de effectu probationis quem habent Instrumenta circa res & acta, de quibus concepta sunt. Non habent eandem vim circa res alias, & acta quæ referuntur in illis, sed obiter, & de quibus instrumentum non fuit ex professo compositum, etsi Notarius id a se visum lectumque adfirmet, *l. ult. de Probat. Auth. Si quis in aliqua. C. de Edend.* Fachiuæ. *12. controv. 3.* A. Matth. *disp. 9. de Judic. n. 66.* Similiter exhibitio instrumenti obligatorii, non probat sola mandatum vel cessionem, sed hæc factum suum peculiari probatione præbere debet, *arg. dd. ll* etsi in instrumento scriptum sit, pecuniam legitimo exhibitori restitutum iri; cum facti sit, utrum legitimus sit, an secus. Plane, si instrumentum non habeat nomen certi creditoris, sed in commodum exhibitoris generaliter sit conceptum, qualia novissimis belli temporibus edidit Respublica nostra, secus est dicendum: tunc enim instrumenti exhibitor eo sic ut nummis utitur. In cæteris vero sola instrumenti possessio non sufficit. Hinc rejectus est Administrator Ecclesiæ cujusdam, qui diu post rationes redditas apocham quadringentorum florenorum pro Ecclesia erogatorum a Tertio, exhibebat, cui tertio narrabat se solvisse pecuniam, sed non probabat cessionem, vel solutionem a se factam. *Jacobus Adama, contra Curatores templi Arumensis. ante fer. natal. 1681.*

‡‡ Ob quæ juramentum deferendum, ut constet, tempore probationis aut reprobationis producentem, aut penitus nihil scivisse, aut, ubi exstiterint, prorsus ignorasse, modo hoc casu legitime fuerint inducta. Cæterum iis, qui restitutionis in integrum beneficio gaudent, si nulla doli mali aut protractæ temere litis est suspicio, quod ad hoc juramentum attinet, merito parcitur, *O. P. S. E. I. & E. Tit. 24. §. 3.*

28. De-

28. Denique, præcipua Scripturæ virtus hæc est, ut res in ea contentas & actas probet; nec tamen ideo minus res gesta valebit, eo quod nullum super illo negotio confectum fuerit instrumentum, ut docet *Lex pen. h. t. l. 3. C. de Probat.* & *l. 1. C. de Dot. caut.* Quippe Scriptura nihil ad substantiam rerum pertinet, extrinsecus tantum ob usum probationis accedit. Verum tamen est, naturam negotiorum sæpe ejusmodi esse, ut vel ad necessitatem, vel ad essentiam requiratur: Quid heic essentia & necessitas, etiam in Jure nostro differant, in *Parte II. Digress. lib. 2. cap. 20.* demonstratum est: In universum igitur triplex Scripturæ virtus est; Aut enim ad essentiam pertinet; aut ad necessitatem; vel denique ad probationem. Triplicis hujus Scripturæ virtutis exemplum, dari potest in Testamento; Nam hoc aliquando ita conficitur, ut Scriptura non sit necessaria, sed probationis causa tantum adhibeatur: aliquando Scriptura necessitatis est, ab essentia tamen aliena: quandoque ad ipsam requiritur essentiam. Primo enim quando Nuncupativum conditur testamentum, ad hoc non adhiberi Scripturam, vox ipsa loquitur, nec tamen aliter fieri solet, quam ut testatoris voluntas memoriæ & *probationis ergo* in Scripturam redigatur. Rursus, Testamentum cæci debet esse nuncupativum, & tamen hoc ipsum in Scripturam, ut valeat, necessario redigendum est, *l. 8. C. Qui testam. fac.* Tamen hæc necessitas *μὴ δηλοῖ τὸ τί εἶναι*, non facit ad demonstrandum, *quid res sit:* Manet enim nuncupativum, ac ita non facit ad essentiam, quia tum scriptum oporteret esse testamentum, quod esse non potest. Tale vero fit, quando Testamentum conditur in Scriptis: tunc enim Scriptura *εἰς τὸ τί εἶναι συμβάλλεται*, confert ad designandum, *quid res sit*, quomodo essentiam describit Porphyrius *Isag. cap. 3.* vocaturque *Scriptum* Testamentum. Similis differentia conspicitur in omnibus negotiis, quæ hoc modo contrahuntur, ut in scriptis perficiantur, de quibus agit *Lex 17. C. de Fide Instrum.* Scriptura, quæ plerumque non nisi probationis ergo adhibetur, eo casu ad necessitatem quidem, non tamen ad essentiam pertinet; Manet enim v. gr. Emptio venditio, contractus *Consensualis*, nec etsi in scriptis celebretur, fit literarum obligatio, cujusmodi mutationem, si essentia mutaretur, fieri oporteret. Certe in obligatione Literarum, Scripturam ad essentiam negotii pertinere, satis ex iis, quæ *ad tit. Inst. de literar. obligat.* dicta sunt, manifestum est.

29. Explicitum est de *Fide Instrumentorum.* Sequitur altera pars hujus Rubricæ de AMISSIONE eorundem, de qua nihil est in *nigro*, præter id quod in *l. pen.* habetur; non desinere negotium valere ideo, quod in scripturam non sit redactum, modo aliunde probetur. Unde recte secundum Rubricam colligas, Instrumenti amissionem non nocere veritati, si aliunde factum adstrui possit, *l. 1. 4. 5. 6. 8. 10. 11. C. h. tit.* & *l. 5. C. de Transact.* Imo, si debitor convictus sit, instrumentum furto subtraxisse, id ipsum & solum ad probationem debiti sufficere, dicitur in *l. 20. C. de Probat.* modo, ut res loquitur opus esse, argumentum ejus constet, quod tum sine dubio ex *copia* sive exemplo vulgariter recognito fieri posset: ut hic etiam casus, quo exemplum probet, superioribus addi queat. Verum quid si negotium in scriptis ita contractum sit, ut Scriptura ad necessitatem vel etiam ad essentiam pertineat, an tunc amissio Scripturæ, essentia quippe sublata, non tollit rem ipsam? Non videtur: Si modo quod in instrumento comprehensum fuerit, aliunde probari possit, *d. l. 1. C. h. t.* & *l. un. D. Si Tabul. testam. ex tab.* ubi hereditas sive bonorum possessio peti potest, etsi tabulæ, quas ad Essentiam testamenti scripti pertinere demonstratum est, post mortem interierint.

30. Dices, Quomodo in hoc casu sciri potest, an testamentum fuerit jure factum, si non appareat scriptura. Testes enim de cunctis solennibus & mysteriis testamenti, deponere non possunt? Dicendum est, duo tunc videri esse necessaria: Primum, ut adsit exemplum Testamenti recognitum, etsi non solenniter. Et secundo; Authenticum ab heredibus post mortem fuisse inspectum & approbatum. Hoc enim si factum sit, universa Scripturæ bonitas satis probata videtur & tum per testes singula capita in illo contenta facilius probari possent, quemadmodum accidit in causa modo relata *Lyklamana*, ubi, juxta testamentum facta erat inter coheredes divisio: & Testes duo, fideicommissum in eo relictum fuisse, præter alia, quæ aderant argumenta, *deponebant.* Ac ita consultus respondi in tali specie; Testamentum perierat, sed exemplum ejus in indicem publicum, qui fideicommissorum causa habetur, erat redactum, & extabat aliud a Tabellione recognitum; Duo præterea vel tres erant testes, qui Authenticum viderant

viderant post mortem Testatorum, & de contentis ejus adfirmabant. Respondi, si testes post mortem testatoris vidissent testamentum, & de requisitis etiam adfirmare possent, vel si actus alicujus coheredum, quo Authenticum agnovissent, proferri posset, sufficere exemplum. Et ejusmodi actum videri diximus, quod heredes Authenticum in publicos indices referri curassent, *d. 3. Mart. 1689.*

Cæterum, quando accidit, ut tabulæ post mortem perierint, non potest non habere locum scrupulus, quem *supra* attigimus, an *Authenticum a Testatore non fuerit abolitum.* Quam rem alioqui circa instrumentorum amissionem, non parvi ponderis esse, apparet. Et quidem de Testamentis statuendum videtur, ea non valere, si Authenticum tempore mortis non extiterit. Quod si Testes non modo de contentis, sed etiam de omnibus Testamenti requisitis adseverare possent, quod difficulter eveniet, dicendum foret, petitionem quasi e testamento fieri posse, secundum *l. 2. §. 3. de His, quæ in testam. del. induc. d. l. un.* quia Scriptura pertinet ad essentiam testamenti, quod tempore mortis demum habet suam perfectionem; id autem de Scriptura Testamenti factioni adhibita, hoc est de Authentica sola, verum est, *d. l. un.* Proinde licet exemplum optima fide publiceque vel ab ipso Testatore cum Authentico collatum sit, difficile tamen dictu est, si Authenticum tempore mortis non extet, exemplum quomodocunque recognitum habere vim testamenti; certe, nisi heres, Testatorem in eadem voluntate ad extremum usque perseverasse, vel exemplum illud habuisse pro Authentico, probaverit. Non minor difficultas se proderet, si quis ad antiquum debitum, principali obligatione amissa, petendum, exemplo αὐθεντικῶς recognito uteretur: Utique, nisi a partibus id exemplum fuisset agnitum, vel ea gratia ex Authentico descriptum esset, ut hoc abolito, illud pro authentico valeret. Alioqui si justa fit causa dubitandi, an instrumentum principale non sit abolitum, cancellatum, aut apocha inductum, non facile ex eo solo dabitur petitio adversus negantem se debere, atque in alieno versantem facto: ut probatio solutionis ab eo nequaquam exigi possit. Idem obstabit, si Creditor amisso instrumento per testes probet, obligationem fuisse contractam. Nec enim ita potest fundari petitio veteris debiti, contra negantes, nisi probari possit, quando perierit, & quod ante ἀμέσως, immediate in vigore fuerit.

31. Hinc adeo difficilis est usus ejus juris, quod habetur in *l. 57. de Administr. Tut.* uni instrumentis incendio absumptis, ex inventario actiones institui posse dicuntur. Hoc enim ut procedat, constare debet, instrumenta nuper extitisse, & in domo combusta fuisse; id enim ponitur in *d. l. 57.* Nec ita res difficultate caret. Meo tempore ventilata est ejusmodi quæstio; Tutor per tumultuariam fugam anno 1672. coactus erat e finibus Frisiæ migrare in tutiora loca. Pupillus in ea fuga dicebat instrumenta sua periisse, inter alia obligationem ad octingentos florenos Philippicos. Hanc summam petebat ex inventario judicialiter facto *d. 8. Octobr. 1688.* Commissarius & duo, qui subscripserant Inventario, testabantur, obligationem tunc fuisse præ manibus; Accedebat verisimilis, sed non plena probatio, instrumentum illud in ea fuga periisse. Ex eo post decennium fere pupillus movit actionem debitoribus, aut eorum heredibus; Qui negabant, se debere. Cum autem ille nihil proferret quam Inventarium, in quo nomina simpliciter & summatim recensebantur, major pars Dominorum non censuit, ex eo solo dandam esse condemnationem; cum nec instrumentum eo tempore periisse, vel quo tempore id evenisset, exacte demonstrari posset, nec, an solutione debitum non fuisset peremptum. Movebat etiam, quod Inventarium minus solenniter & exacte compositum esset: in causa *Swentie Pieters Impr.* contra *Luytien Kænes Geden. ante fer. Nat. 1681.* Agemus hac de re denuo ad *tit. de Administrat. Tut.* Tu vero ex his aliisque supra dictis observa sis iterum, quam necessarius sit usus protocollorum. Item, Patremfamilias recte facere, si Authenticum obligationis instrumentum, quod redemit, custodiat, ne ex descriptis aliquando convenietur. Denique, multa opus esse Judicum prudentia in omni hac probationum materia.

Tit. V.

De Testibus.

I. Discrimen inter causas arcendi testes, & reprobandi, ejusque usus. II. QVINAM PENITUS ARCEANTUR, ubi variæ observationes. III. Quinam in certis causis, primo de subjectis in causa Principis. IV. De mutis, surdis, & cæcis. V. De mulieribus, & minoribus annis 25. & hæreticis. VI. Quilibet in sua causa. VII. Socii negotiorum & Criminum, non municipes. VIII. Advocati, Executores negotiorum, & quid hi, ad l. ult. h. t. *item proxenetæ. IX. Judices in causis officii sui. X. Domesticos prohiberi, & quinam illi. An & famuli ingenui. XI. An fratres atque sorores. XII. De amicitia atque inimicitia. XIII. Personæ, quæ non absolute prohibentur, sed minus fidei merentur, ut infames vulgariter, viles, hæretici, cognati. XIV. Quibus invitis testimonium denuntiari nequeat. XV. An hoc in causis quoque civilibus obtineat. XVI. An adfinitate soluta, duret privilegium. XVII. An Advocatus sit inter eos. XVIII. Quot testes requirantur, & de multis singularibus. XIX. Plus minusve fidei non pendere semper a numero, sed & a ratione scientiæ. XX. De testibus auritis, & oculatis. XXI. An specialiter rogandi. XXII. Modus & locus producendi. XXIII. Quibus necessitas veniendi in locum judicii remittatur. XXIV. An testes coram adversariis examinandi. XXV. De testibus extra vel ante judicium. XXVI. De Testibus in perpetuam rei memoriam. XXVII. De juramento testium. XXVIII. Quid adversario faciendum ante testium examinationem. XXIX. Quæstio peculiaris in eam rem. XXX. De articulis interrogatoriis. XXXI. Qua forma testes respondere, & responsa scribi debeant. XXXII. De reprcbatione testium. XXXIII. Quot productionibus uti liceat. XXXIV. Judicis officium post omnia.*

COnstantinus Augustus ad populum; *In exercendis litibus eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium, l. 15. C. de fid. instrum.* de Testibus igitur agendi locus est præsentis Rubricæ. De fide effectuque probandi, quem habent testes, non erit perplexa quæstio, sed quinam admittendi sint ad testimonium perhibendum, difficilius explanatur. Summa distinctio & observatio est, testes aut prohiberi penitus, aut reprobari duntaxat. Prohibentur, qui plane non audiuntur; Reprobantur, quibus auditis aliquid obj ci potest, † quo minus fidem mereantur. Ob primum genus Causarum, ubi testes producuntur, ab adversario fieri debet oppositio, superque eo lis obiter, an sit talis, quem lex arceat, ventil tur: Nam si de facto id constet, vel non audiendus est a judice, vel dicta ejus pro nullis habentur, ut nec ulla opus sit lite. Sed quia judex ultro vix cuiquam negat audientiam, & tamen ut ejusmodi testes audiantur, non caret præjudicio, semper ubi talis aliquis producitur, adversarius omittere non debet, quin se opponat examini, & fiat lis incidens. Imo plerumque, tametsi causæ non tam sint juridicæ ad arcendum, quam probabiles ad reprobandum, si paulo prægnantiores sint, oppositione solent uti; quod alioqui judices disputationibus reprobatoriis animum vix attendere soleant, nisi per oppositionem *in forma*, ut ita loquar, urgeantur. Argumenta reprobatoria vocabulo e Latino, Gallica corruptione, *Reprocher* in foro appellantur. Quæ vero sint causæ testes omnino arcendi, quæ sint reprobatoriæ, ex sequentibus patebit.

2. Personæ prohibitæ vel ab omnibus arcentur testimoniis, vel a certis duntaxat. Ab omnibus qui prohibentur, sunt I. SERVUS, etenim

† Testes penitus prohibiti, a Judice ne quidem citari debent: omni exceptione non majores, aut, qui inviti testimonium non dicunt, citati comparent, ex his posterioris generis testes suas in termino exceptiones proponant, aut si, se cogi non posse, satis constet, scripto sua jura ante terminum allegant, quibus parcendum esse, si in sententia postea pronunciatur, sumtus a se factos a producente omnino possunt repetere. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 22. §. 1.* Cæterum, si testis respondere, aut responsurum productus admittere nolit, super exceptionibus ejusmodi judicis est arbitrium, cui si stare nolit testis, aut productus, observanda, quæ occasione interrogatoriorum, *ib. Tit. 20. §. 8.* statuta. *d. Tit. §. 2.*

testis,

testis, homo liber esse debet, *l. 11. C. h. t.* & servi ab omni juris communicatione præcluduntur, *l. 20. §. 7. Qui testam. fac.* ut tamen in subsidium, aliaque probatione deficiente, fuerint auditi, *l. 7. h.* etiam contra dominos in certis causis, *l. 53. de Judic.* II. Furiosi & DEMENTES, *l. 20. §. 4. qui test. fac. poss.* ubi a testamentis quidem arcentur, sed ratio est generalis, *cum non sit compos mentis*, & quia nullum negotium gerere idonei sunt, *§. Furiosus. I. de inutil. stipul.* Quæ ratio cum cesset in PRODIGIS, qui ingenio sæpe non destituuntur, hi a testimonio penitus repellendi non videbantur; sed luxuria & malitia meriti sunt, ut pro furiosis hac etiam parte habeantur, *l. 18. Qui testam. fac. arg. l. 40. de R. J. l. 6. de V. O. l. 12. §. ult. de Tut. & Curat. dat.* D. Matthæ. *d. disp. 9. th. 6.* III. SURDI etiam *mutique simul*, omnino prohibentur, in *§. testes. I. de Testam. ordin.* ubi de testamentis quidem agitur; Sed in judiciis nihilo magis amitti possunt, quia nec interrogationes audire, nec responsa efferre possunt, quod est necessarium in *l. 3. §. 1. in fin. h. t.* Verum surdi, mutive tantum, sive seorsim ita affecti, magis est ut inter eos, qui secundum quid prohibentur, referendi videantur, ut *mox videbimus*.

IV. IMPUBERES penitus prohibentur, *d. l. 3. §. pen.* quo loco ex lege Julia de Vi. prohibitio illa descendere dicitur: sed non est dubium, quin ubique valeat, *l. 19. §. 1. h. t.* nec fallit regula in pubertate proximis, ut vult Bachov. *not. ad Wesenb. n. 3.* Refertur autem hæc ætas ad tempus ferendi testimonii, non ad tempus rerum perceptarum: Ideoque si puberes facti, de rebus, quæ pubertate proximis obtigere, cum ratione adseverateque testentur, nihil est causæ, cur iis credendum non sit, ut Dd. communiter, teste A. Matthæo *9. de Judic. n. 10.* Scilicet, ad fidem probationis faciendam, impuberes ipso jure prohibentur: Sed ad Præsumptionem colligendam audiri possunt, & audiuntur, etiam in criminalibus, maxime si quid ipsis evenerit; quomodo duas puellas jussu Curiæ, Commissarius an. 1680. propterea quod fœdo modo a quodam reo contrectatæ indigneque habitæ dicebantur, examinavi: Quia tamen nihil quam illarum adseveratio extabat, ne quidem ad tormenta, homo nec alioqui malus est, condemnatus: Ad quæ tamen in atrocioribus delictis, ubi aliæ præsumptiones suffragarentur, sæpe valuerunt: quomodo Nauta refert, puerum octennem, cum de homicidio probando ageretur, fuisse examinatum, *d. 10. Jun. 1645.* at tum scilicet; absque juramento, quod ætas illa non capit, *l. 34. §. 2. de Jurejur.* V. Qui judicio publico DAMNATI, nec restituti sunt, *d. l. 3. §. 5.* VI. Qui se ad pugnam cum BESTIIS locaverunt, *ibid.* VII. Ut & qui pecuniam testimonii dicendi, vel non dicendi causa acceperit. VIII. Denique SCORTA publica, *l. 3. §. 5. h. t.* ubi legis quidem Juliæ fit mentio, sed generalem esse prohibitionis intentionem, patet ab impuberis exemplo, & ex *l. 14. l. 15. pr. & l. 18. h. t.* Græcos in *basilicis lib. 21. tit. 1. §. 4.* ad legem Juliam hæc restringere, scribit D. Matthæus *d. disp. th. 12.* Atqui ita scribunt, περὶ βίας ὐ μαρτυροῦσι, *de vi testimonium non dicunt* supra dicti; quibus nihil diversum dicunt a verbis Callistrati in *d. l. 3. §. 5. Lege Julia de vi cavetur &c.* Usum vero prohibitionis esse generalem, non magis illi negant, quam Callistratus, & Scholiastæ Græci ad *d. locum Basil.* diserte adfirmant. Iidem Scholiastæ, ex Constitutione recentiore, scortis addunt LENONES τὰς μαστρωπίαν ποιοῦντας, & merito. Idque ita servatur, Curiæque nostræ visum est in quodam lenone & ejus uxore, in suburbio Leovardiensi, qui de rebus domi suæ gestis erant depositurі, in causa *Henrici Conteri, contra H. de H. ante ferias natalit. 1679.*

IX. In *d. l. 3. §. 5.* damnatis judicio publico subjicitur, *Quive in* VINCULIS *custodiave publica erit.* Hæc verba sic collocantur seorsum ac ita vulgo recensentur, quasi omnes in vinculis publicis detenti, ab omni testimonio excluderentur, ut nec audiri possent; quod non habet rationem, cum etiam ob æs alienum & modica delicta carcerum coloni fiant; Enimvero ut talium rerum suspecti pro intestabilibus habeantur, iniquum foret, *l. 1. C. de His, qui infam.* Videndum igitur, ne non aliter sit interpungendus hic locus, quam sit, hoc modo. *Quive impuberes erunt. Quive in judicio publico damnatus erit, quive eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custodiave publica erit: Quive ad bestias &c.* Ut ita τὸ *in vinculis* a judiciis publicis dependeat. Vulgo autem hæc verba, *Quive in vinculis*, duobus punctis a prioribus distinguuntur, ut reliqui separatim & per se prohibiti; At in Basilicis cum judicio publico damnatis conjunguntur. Gothofredus autem ad *d. l. 3. §. 5.* etsi punctis separat hoc colon, non intelligit tamen vinculis addictos aliter a testimonio

monio excludi, quam post damnationem, diserte contra textum, qui utrosque & damnatos & carcere detentos exprimit.

X. Qui ob *carmen famosum* damnati sunt, etiam penitus a testimoniis arcentur, *l. 21. pr. h. t. l. 5. §. 9. de Injur.* XI. Pagani,* Apostatæ, id est, defectores a fide Christiana, item insignes hæretici, *l. 4. l. pen. C. de Haret. & Manich.* quinam vero tales, alibi videndum; Utique moribus hodiernis hæc res tam rigide non habetur. XII. Postremo ad intestabilium ordinem liberi perduellium referuntur, *l. Quisquis. 5. C. ad L. Jul. Majest.* Quod etiam ut nimis rigidum, usu forensi non videtur prosequendum, ut nec cætera, quæ in *d. l. 5.* liberis ob parentum crimen imputantur. XIII. Postremo, qui ob turpitudinem Senatu moti sunt, Lege Julia testimonium dicere prohibentur, *l. 2. de Senator.* Denique omnes, qui vel Edicto vel Lege sententiave judicis infamia sunt notati, inter absolute prohibitos esse habendos, sentiunt Dd. *communiter* eosque secutus A. Matthæus *d. disp. 9. th. 13.* sed capita legum ab iis adducta id minime probant; nec solemus exceptiones nominatim a legibus factas, ad dissimilia, sicut heic eveniret, extendere. Infra in prohibitione speciali *videbimus.*

CAUSÆ PROHIBITIONIS TESTIUM SPECIALES.

3. Sequuntur igitur prohibitiones speciales eorum, qui certarum causarum hominumve respectu excluduntur, quales sunt primo LIBERTI, qui non poterant adversus Patronos testari, *d. l. 3. §. 5. in pr. l. 12. C. h. t. l. 10. §. 4. de Quæstion.* propter inæstimabile beneficium libertatis, quod ab his acceperunt, *d. l. 3. §. 5.* Quæ ratio facit, ut nec pro Patronis adhiberi potuerint. A. Matth. *d. disp. 9. th. 3.* A libertis ad vasallos solent argumentari Doctores, Sichard. ad *l. 12. C. de Test. n. 3.* Wesenbec. *ad h. tit. n. 3.* parum justa analogia, quatenus liberti veteres multo arctius Patronis, quam Vasalli feudorum dominis erant obstricti. Fuisse ea de re quæstionem, indicant Gerardus & Obertus, sed delinunt in hoc, quod vasallum in criminalibus consistere posse negant, in civilibus concedant, de *Consuetud. recti Feud. §. 2.* Ad vasallos accedunt proxime SUBDITI respectu *Principum* suorum, quos in eorum causa non posse testes esse, statuunt Accursius, Donellus, aliique apud D. Matthæum *n. 18.* qui tamen iis testimonii dictionem concedit, si jusjurandum subjectionis civibus remissum sit, quod etiam requirit D. Wissenbach. ad *h. tit. n. 31.* Tu, nisi fallor, rectius dixeris, subjectos imperio non prohiberi esse testes, at non esse habendos omni exceptione majores, siquidem aliorum testium copia possit haberi, *arg. l. 5. C. de Test.* Sed remissio jurisjurandi subjectionis, nihil ad juris rationem pertinet: quia locum habet in iis, quæ ad regimen Reipubl. spectant, non in patrimonialibus, nec cives ad veritatis tesseram ullo modo commutandam obligat. Obstat fidei talis testimonii, metus a potentatu, vel a gratia Superioris: qui remisso jurejurando non cessat, quamdiu subjectus imperio manet.

SCHOLIUM.

*Ita tamen receptum est in praxi.*** *Nec obstat ratio Autoris, quia in evitandis perjuriis etiam conscientiis erroneis aliquid indulgendum.*

RESPONSIO.

Non intercedimus, quo minus Testi conscientiæ scrupulum moventi, jusjurandum subjectionis remittatur. Nostra Juris est Quæstio, an ejus remissio vere ad testimonii fidem requiratur; quod, cum hæ res plane diversi generis sint, non videtur dicendum.

4. Secunda specialis prohibitio, est in *Surdis,* utique si de veritatibus, quæ ex auditu constare debent, agatur. In cæteris causis videntur ad-

* Ergo Judæi quoque, in causis judicialibus contra Christianos ad testimonium non admittuntur, *a. l. 21. C. de haret. j.* Autor *infra pos. 13. h. t.* Sed secund. Weichb. *art. fin.* si duo Judæi cum teste Christiano concurrant, pro inhabilibus non sunt habendi. Carpz. *P. 1. c. 16. def. 17. n. 5.* Soli ergo etiam apud nos vix Judici fidem facient. Schilt. *ad ff. Ex. 35. th. 23. sq.*

** Adeo quidem, ut morosi in relaxatione compelli queant præcepto pœnali, aut comminatione, daß die Zeugen wiedrigen Falls von der Pflicht erlassen gehalten werden sollten. ceu factum *in Supr. Curia Prov. Lips. M. Febr. 1698.* quamvis Ill. etiam Menckenio *ad O. P. S. tit. 20. §. 14.* monente, satius fuerit, observantia hac eliminata, explicari vim juramenti subjectionis subditis, inculcarique diligenter, illud, quo minus veritatem strenue dicant, nihil impedire. Si tamen cui, ut sunt mentes hominum aliquando plane indociles in talibus, scrupulus eximi non possit, fragilitati humanæ mos erit gerendus, & absolvendus subditus saltim, ut *c. 38. X. de Test.* ait, *ad cautelam.*

mittendi,

mittendi, si veritas aliter constare nequeat: nam si possint haberi, cum quibus verba commutari queant, hos esse præferendos, nemo dubitat. Quin si literarum, hoc est legendi imperiti sint, verius est, surdos plane non admittendos, quia interrogandi & respondendi vices ad testium examina sunt necessariæ, *l. 3. §. 1. in fin. h. t.* Hæc ratio *mutos* etiam scribendi imperitos, arcet penitus: nam ut signa gestuum pro responsis habeantur fidemque faciant, ut vult Farinacius *tract. de Test. quæst. 16.* eumque secutus Bachovius *not. par. ad h. t. n. 3.* gravitas judiciorum admittere non videtur; cum illa signa nec habeant infallibilem significationem, nec, si aliquando, ubi præsentia tacitoque saltem consensu opus est, sufficiant, *l. 48. de O. & A. l. 124. de R. J.* ideo adversus tertium admitti debeant. D. A. Matthæus, ne quidem scribendi legendique peritos admittit surdos & mutos, Donellum ac Hotomannum secutus, cum argumento *d. l. 40. & l. 124.* tum per *l. 3. §. 3. h. t.* scilicet, verbis opus esse, neque scripta testimonia vim habere probandi. Quod est verum de attestationibus, quæ extra judicium scriptæ, in judicio proferuntur: Sed ut depositiones, in judicio a testibus ipsis conscriptæ, eodem jure censeantur, cum scripto æque mens hominum exprimi possit quam verbis, non habet rationem. Harmenop *ἄλλη ἐστιν αὐθεντία τῶν παρόντων μαρτύρων, καὶ ἄλλη ἡ τῶν ἀναγινωσκομένων ἐκ μαρτυρίων.* Alia est auctoritas præsentium testium, & alia testimoniorum quæ leguntur, *l. 1. n. 6. n. 21.* De *Cæcis* non est tantum dubii; prohibentur in ejusmodi causis, quarum veritas, nisi ex visu, cognosci non potest. Cum enim *Cæcus* ab aliis causis non excludatur, cum & interrogationes audire, responsa reddere possit, judicioque non sit imminuto, denique judicis officio fungatur, *l. 6. de Judic.* nihil obstare potest; etsi Doctores antiqui eum juxta mutos & surdos hac etiam in parte collocent, eosque secutus Wesenbec. ad *h. tit. n. 3.*

5. Ad speciales prohibitiones præterea pertinent, *mulieres*, & *minores* annis XX. Mulieres in testamentis prohibentur, *§. 3. I. de Testam. ordin.* Item adulterii damnatæ, *l. 20. §. 6. Qui Testam. fac.* ubi ex illis exceptionibus recte colligitur, mulierem in aliis recte testem produci, secus ac Harmenopulus, qui mulieres negat esse testes, nisi in ejusmodi negotiis, quibus viri non interveniunt, *Αἱ γυναῖκες καὶ οἱ ἄνηβοι ἀπείργονται μαρτυρεῖν, αἱ δὲ γυναῖκες μαρτυροῦσιν, ἔνθα ἡ τῶν ἀνδρῶν βία ἀπείργεται. Mulieres & impuberes arcentur a testimonio; sed mulieres testantur in ejusmodi rebus, unde virorum violentia excluditur.* Promptuar. *l. 1. c. 6. n. 14.* Verum plura habet illic Harmenopulus, quæ cum in Juris libris non extent, a nobis negligenda sunt, inter quæ & hoc, quod in *§. 41.* ad civiles causas requirit ætatis *χρόνους δέκα ὀκτώ, annos octodecim.* Sed minores annis viginti in criminalibus prohibentur, si ab *accusatore* producantur, *l. 20. h. t.* unde limitatio quibusdam probatur, judicem ex officio minorem annis 20. testem admittere posse, Carpzov. *part. 3. Crim. Quæst. 114. n. 24.* Idem habet aliam limitationem, *si veritas aliter haberi nequeat & delicta sint difficilis probationis*, qualia furtum, adulterium, suppositio partus, simonia, & omnia nocturno tempore commissa, *n. 35.* Hæ limitationes, etsi Legum suffragio careant, non tamen ratione destituuntur, ideoque in foro admitti videntur, maxime conjunctim, ut in talibus causis officio judicis aliquando admittantur. Imo forte an etiam Accusatori producendi permittuntur; ut sane Procuratori Generali, facultas producendi minores annis XX. testes conceditur; utique si contestem habeant majorem annis 20. eoque casu in rebus difficilis probationis plenam aliquando fidem merentur. Quomodo memoria mea octodecim annorum ancilla cum Patrefamilias, plenam fecere fidem in atrocissima effractione ædium nocturna, quæ commissa erat in pago *Estrum* ante Pentecosten 1680. idque non raro & alias usu venisse accepimus, etsi in universum tamen non sit recedendum a definitione Juris civilis. A. Matt. *de Crimin. lib. 48. tit. 15. cap. 2. n. 2. & 11.* Ultimo loco Judæi & Hæretici non improbissimi, contra orthodoxos produci nequeunt, *l. pen. C. de Hæret.* Paganis & improbioribus hæreticis omnino prohibendis, ut antea dictum est. At hæc res hodiernis moribus non videtur observari; certe non, ubi libertas religionum viget; Sacrificulos tamen Jesuitas aliosque prohibitarum religionum antistites, cum non habeant personam in civitate, testes produci non posse, omnino statuendum est.

6. Latius quam priores, patet positio specialis prohibitionis, qua nemo in re sua suorumque testis esse posse dicitur, *l. 10. D. & l. 10. C. h. t.* Propriam causam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est, eam esse propriam cau-

sam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem in totum vel pro parte, suo nomine pertinet, *l. 1. §. 11. D. Quand. appell. sit.* exceptis legatariis in Testamento, ut *suo loco* demonstratum est. Ergo non tantum dominus, vel cui directe jus in Re vel ad Rem est, intelligitur, sed etiam venditor in causa Emptoris, cedens in causa cessionarii, & quicunque reum indemnem praestare debent, *l. 4. §. 3. de Appellat.* Etsi id necdum constet, si tamen reus id prae se ferat, non potest eundem producere testem, ut Curiae nostrae visum est in tali causa: Reus ab alio conventus Sempronium vocaverat, ut se praestaret indemnem, quasi ad hoc obligatum; antequam id esset judicatum, volebat eundem producere testem; sed non est admissus, in causa *Dris P. R. in Q.* q. contra *Andries Douwes cum sociis. d. 16. Mart. 1680.* Sed causa criminis, de qua judicio publico disceptatur, non videtur ejus, qui per illud crimen est laesus, propria: Quoniam agitur ad poenam corporis, vel mulctam Fisco applicandam, & tota est Reipubl. causa. Idcirco in criminalibus Procuratori Generali non negantur ejusmodi testes; accedente hac ratione, quod alioqui vix ulla crimina probari, atque puniri possent. Si tamen hi, qui laesi sunt, ex eventu judicii emolumentum expectant, velut, si judicium civile pro ipsis super eadem causa vertatur, videndum est, ne testimonium eorum non sit admittendum; Qua de re actum in alia causa. Vir quidam spectatus curru vectus in aggere maritimo, puellae, quam praetervehebatur, per lasciviam flagellum instar laquei collo circumjecerat, eamque per aliquod spatium, pendentem protraxerat, quo nomine a Procuratore Generali & a puella injuriarum simul conveniebatur. Producta testis ab illo, puella, non est admissa, quae admittenda fuisset, si pecuniarium ejus commodum inde non pependisset *ἀμέσως. 6. Decembr. 1680.* Pro testimonio in causa propria sumitur etiam, declaratio mulieris innuptae & impraegnatae vel parientis, quod e tali vel tali sit impleta, ut probat Sandius *lib. 1. tit. 10. def. 2.* Quae tamen positio recipit hanc limitationem; nisi manifestum sit, mulieris declarationem non pertinere ad ullum ejus commodum, sed potius ad aggravandam ejus conditionem. Velut si virgo vel vidua locuples, impraegnatam se fateatur a Viro uxorato; cum illa confessio neque lucri, nec matrimonii conciliandi gratia fiat, eam non parum habere ponderis, nec ut in re sua editam, esse rejiciendam, vult ratio & usus, exemplis non deficientibus.

7. Neque tantum in causa plane sua, sed etiam *ex parte propria*, testes aeque prohibentur, quando scilicet de re communi agitur eodemque defensionis genere uterque in judicio utitur, per *l. 1. C. de Comm. rer. alien. l. 10. §. ult. de Appell. & Dd. comm.* A. Matth. *d. disp. 6. th. 21.* Idem ad socios criminis extenditur in *l. 11. C. h. t.* tam pro, quam contra reum, *l. ult. C. de. Accusat.* Etsi Dd. excipiant aliquot criminum species atrociorum, & quae nec sine sociis facile, nec cum aliis arbitris committuntur, de quibus Mornacius & Brunnemannus ad *d. l. 11.* At verius est, eos quidem interrogari, minime tamen habere vim testimonii legitimam. A Matth. *d. Crimin. l. 48. D. tit. 15. c. 2. n. 4.* Huc potest referri Quaestio vulgata de causa universitatis, an singula universitatis membra ejus participia censeantur, adeoque, si Universitati cum alia universitate, vel privato lis sit, an singularum membra, testes in *sua* causa aestimentur. Minime, nisi utilitas inde privatim ad testes redundet, per *l. 6. §. 1. in pr. de Rer. div. l. 7. §. 1. ff. Quod cujusque univ.* Mornac. & Costal. *ad d. l. 6.*

8. Porro non tantum in causa patrimonialiter propria, sed etiam affectu tali, quam nostram aliquo modo fecimus patrocinando, * administrando, testibus esse non licet. *Mandatis enim cavetur, ne patroni in causa, cui patrocinium praestiterunt, testimonium dicant, l. ult. h. t.* idque propter affectum, quo ferri solent erga causas, quibus advocationem vel aliud in judicio ministerium praestiterunt; Ad alias enim causas haec prohibitio non pertinet, Sand. *1. 10. 4. l. 18. §. 1. C. de jur. fisc.* Sed quod additur *in d. l. ult.* Idem *& in* executoribus *negotiorum esse servandum*, habet difficultatem. Etenim si per executores negotiorum intelligantur, qui in *l. 11. §. & si quidem. & l. ult. C. de Judicibus.* & in *l. ult. C. de Princip. agent. in reb.* dicuntur a judicibus dari ad exsequendas sententias, quemadmodum Lexicographi, interque eos Brissonius, pro intellectu *d. l. ult.* tradunt; mirari liceat, hos excludi a testimonio, qui maximam fidem de his, quae in officio publico gessere, merebantur.

* Hinc nec Curator mulieris pro Curanda sua testis erit idoneus. Carpz. *P. 1. Cap. 16. def. 17.* quod limitat idem, nisi ad eam litem alius Curator datus sit, *l. 3. Resp. 91. n. 12.* sed ne sic quidem eum testem omni exceptione majorem videri, monitum a Mencken. in *Tr. Synopt. ff. tit. de testib. p. 330.*

bantur. Quæ res Vivianum & Johannem glossatores movit, ut in *d. l. ult.* putaverint intelligendos Procuratores, Syndicos & actores, qui a partibus ad *exsequendas*, id est, ad finem perducendas lites dantur: quod & Mornacius, notato in contrarium Hotomanno, statuit, probans hanc significationem ex *l. properandum. 13. §. illo proculdubio. 9. C. de Judic.* ubi Advocatorum honoraria dicuntur a clientibus exigi, per executores negotiorum, qui certe potius ad illum finem fuerint publici Executores, ut semper alias nominantur, quam privatorum res agentes. Plane quod ad rem attinet, Mornacius & glossa vicerint, quos & Gothofredus *ad d. l. ult.* sequitur: etsi de verbi usu juridico probatione laborent. Proxenetæ, pararii, & Arbitratores (non arbitri) qui contractibus & transactionibus conciliandis utrimque adhibentur, a testimonio non arcentur, quia talibus maxime in probationibus utimur. Gail. *10. obs. 15.* Cæterum, etsi verba legis generalia sint, ne *Patroni vel exsecutores in causa, cui Patrocinium præstiterunt, testimonium dicant*, res tamen & ratio vult, id de testimonio *pro* ipsius cliente dicendo, non etiam contra eundem, esse accipiendum: Quo minus enim contra suum clientem ab adversario productus, si velit, admittatur, nihil quod prohibeat esse videtur, ut Costalius & Mornacius *ad d. l. ult.* etsi Catonis dictum sit; *Adversus clientem suum nemo unquam bonus testimonium dixit.* apud Gell. *lib. 5. c. 13.* An invitus ad testimonium contra suum clientem cogendus sit, inferius videndum erit.

9. Heic de Judice quærendum superest, an is in causa, de qua priore instantia judicavit, in casu appellationis (quippe dum est Judex, eum testis officio non posse fungi, res loquitur, *c. dilecto. X. de Testib.*) testimonium dicere possit. Non videtur; verendum enim est, ne plus in eam partem, pro qua sententiam dixit, quam in alteram propendeat; De his vero, quæ coram ipso acta sunt, quæque ad ordinem *processus* pertinent, recte interrogatur, ut Costalius *ad d. l. ult.* atque ita judicatum est in Curia nostra, cum nonnulli e judicibus Franekeranis vocati essent ad testimonium, in causa prius a se decisa perhibendum; ut admitterentur quidem in his, quæ ad acta processus, non in iis, quæ ad merita causæ spectabant: etsi in nostris inferioribus Dicasteriis ratio affectus ad causæ judicium minus valide obstet, quia non sua, sed Juris Consultorum sententia res judicant; Curia tamen non recessit ab hac observantia, in causa *Harmen Doedes Requirant en opposeerde*, contra *Baetie Dirks Requireerde en opposante. d. 9. Julii 1680.* Idem in arbitriis obtinere, docet analogia, quæ in arbitriis ad judicia exigitur, *l. 1. de Recept. qui arbitr.* Unde ad declarandum laudum sive sententiam compromissoriam, Arbiter ipse testis citari, nec recusari potest, etsi deinde fuerit Advocatus alterius partis, ut Curia nostra censuit, in causa *Petri Velsen ab Heixan, Requir.* contra *Sixtum Wiersma* in *qual.* Requis. *Ante magnas ferias 1681.*

10. Diximus, prohiberi quemque testem esse non modo in sua, verum quoque in *suorum* causa; Quippe domesticos prohiberi testes, satis constat *l. 3. C. h. t.* An vero ita, quemadmodum in Testamento, accipiantur pro conjunctis ejusdem potestatis vinculo, ut in *§. testibus. Inst. de Testam. ordin.* quæritur. Adfirmat D. Matthæus *d. disp. 9. th. 25.* Negatum a nobis est *ad d. tit. 10. n. 15. Part. I. pag. 171.* & res ac juris ratio non minus quam textus loquuntur. Nam pater in testamento filii emancipati, potest esse testis, *d. §. testibus. 8. I. de test. ordin.* in causa judiciali nullo modo, *l. 9. de Testib. l. 6. C. eod.* Non placet etiam Duarenus, qui *lib. 1. disput. anniverf. c. 28. h.* domesticos ait esse testes, quicunque sunt ejusdem gentis, familiæ & agnationis, quem hoc nomine merito reprehendit Matthæus *d. th. 25.* Quid vetat mediam eligere sententiam, voci *domus* convenientem? Paulus ita; *Testes eos, quos accusator de domo produxerit, interrogari non placet, l. 24. h.* De Domo autem producuntur omnes, qui sub patris familias imperio sunt, *quibus imperare potest, l. 6.* Familia proprie dicta continetur domo; unde Græci familiam vocant *οἶκον*, id est *domum*: In hac autem sunt plures personæ sub unius imperio natura, aut Jure sociatæ, *l. 195. §. 2. de V. S.* Natura, ut liberi atque parentes, quorum usque adeo stricta conjunctio est, ut nunquam, licet emancipati & seorsim habitantes, in causa parentum testes adhiberi queant, *d. l. 9. & l. 6.* Personæ jure sociatæ sunt, non modo servi respectu dominorum; sed etiam vir & uxor, quos in suis litibus invicem testari non posse, nulla dubitatio est, *arg. d. l. 195. §. 1. d. l. 24. de Rit. Nupt. l. 1. de Act. rer. amot.* ac ita *Dd. Comm.* A. Matth. *disp. 9. th. 26.* De servis antea dictum est, eos plane a testimoniis arceri. Contra Dominum vero specialiter omnique modo prohibentur, *l. 8. C. h. t.* exceptis atrocioribus delictis, in quibus aliquando

do contra dominos torqueri poterant, *l. 1. §. 16. & l. 11. §. 5. de Quæstion.*

11. De famulis mercede conductis, idem tradit D. Matthæus *d. disp. 9. th. 26.* landato inter alios Harmenopulo *lib. 1. Tit. 6. §. ὁ μισθωτὸς, mercenarius.* Ait Harmenopulus, ὁ μισθωτὸς εἰς μαρτυρίαν ἐρχόμενος τοῦ μισθωσαμένου ἀποβλήθη, *Mercenarius ad testimonium ab eo, qui conduxit illum, productus, rejectus est;* loqui videtur de conducto ad testimonium, non ad famulitium. Verum est, conductos famulos domo contineri; sed intelligenda sunt membra domus perpetua; ne quis omnes, qui ad unum panem & ad unum calicem vivunt, comprehendi putet, ut volunt aliqui *Dd.* merito *communiter* improbati. Argumentum ex *l. 6. h. t.* non posse testes esse, quibus imperari potest ut testentur, forte locum habeat apud gentes, in quibus famuli conducti pene tam adducte quam servi habeantur; apud nos, cum arbitraria libertate, nec nisi ad tempus agant, hæc ratio non concludit, ut potius inter eos, qui refutentur, quam qui prohibentur, habendi sint. Sic etiam qui colonos in causa dominorum fundi, personis prohibitis adjiciunt, ut Wesenb. *parat. de Test. n. 4.* recte habent, ubi *adscriptitii* sunt coloni, homines proprii, quos servilis esse conditionis, *alibi* dictum est; ad ingenuos agrorum conductores, ratio nulla patitur illud extendi. Atque hæc in usu Fori non habent difficultatem. Maynard. 4. *Decis. 95.*

Sed ad domesticos redeamus; Fratres atque sorores, quamdiu in eadem domo continentur, merito pro domesticis habentur, nec admitti debent, etsi forte sint emancipati, ut recte Sichard. ad *l. 6. C. h. t.* Duaren. *1. disp. anniv. c. 28.* sed domibus separati fratres atque sorores, domestici esse desinunt; amicitiæ causa suspectum, non prohibitum est eorum testimonium, ut communiorem esse sententiam, tradit Costal. *ad l. 4. h. t.* Ac ita in Foro nostro sæpe judicatum est, olim in *causa Jacobi ab Adeelen*, contra *Dominicum ab Hottinga. d. 18. Febr. 1635.* Rursus *inter Titium Nollema, & inter Creditores Wopko Hienks Popta. d. 2. Febr. 1680.* Alias in causa matrimoniali, cum virgo peteret Virum, fidemque sibi datam per tres probaret sorores, patriæ quidem potestati non subjectas, sed una cohabitantes domo, Curia non censuit admittendas fuisse, nisi ipse reus in priori instantia apud inferiorem judicem, illas admisisset, secundum *l. 17. C. h. t.* in causa *Johannæ Herlinga Appellatæ & Requirentis, contra Cunradum Dose Med. Doctorem, Appellantem & opponentem. d. 29. Jun. 1680.* Atque ita in civilibus; In Criminalibus fratres sororesque difficilius aut prorsus non admittuntur, ut Dd. *comm.* & Costal. *ad d. l. 4.* ne quidem contra, multo minus pro fratribus atque sororibus, *l. 13. C. de his, qui accus. non poss.*

12. Postremo ad hunc locum referri potest, quod amicitia testimonium quidem reddere suspectum, prohibere penitus non solet, *l. 3. pr. h. l. 5. & 17. C. h. t.* Inimicitia si capitalis sit, ut ad criminis accusationem usque procedat, absciſſe prohibet testem, sicut eadem prohibitio stat, si quis in causa criminali producatur testis, qui ante in eum reum testimonium dixit, *l. 23. h. t.* alioquin inimicitia causam refutandi dumtaxat præbet, *Nov. 90. cap. 7.* ubi Cujacius. Denique, de his plerisque prohibitionum causis, hæc limitatio prodita est; ut testes domestici aut inhabiles quandoque admoveantur, si genus causarum sit hujusmodi, ut veritas ab aliis quam ab hujusmodi personis, haberi non possit, qualem ait Costalius *ad d. l. 4.* esse causam matrimonialem, respectu domesticorum, quod equidem caute accipiendum; Si enim agatur de matrimonio contrahendo, nusquam calidiores in alteram partem sunt propinqui, minimeque tantum fidei quantum extranei, quorum nihil interest, merentur, ut Curiæ nostræ quoque in prædicta causa, & alias in similibus visum: Sed ubi de plagis mulieri a viro inflictis, deque ejus commessationibus, concubinatibus, aut mulieris contumacia, jurgiis domesticave luxuria vel de insidiis mutuis quæritur, de quibus rebus nemini facilius, quam domesticis constiterit, in hujusmodi rebus eorum testimonia non negliguntur, *l. 8. §. 6. sub fin. C. de Repud. l. ult. C. ad L. Cornel. de Sicar.* Potuisset ad hunc locum generalem referri, quæ ab initio posita est, prohibitio libertorum, *n. 3.* nec intercedo, quo minus inde, si cui lubet, huc πρὸς κοινὸν transferatur.

DE CAUSIS REPROBANDI TESTES.

13. Vidimus, quæ personæ penitus prohibeantur. Addendum, quinam admissi hactenus refutentur, ut ne plenam mereantur fidem. Hi primo sunt, personæ prohibitæ *supra*, quando in exquisitis magni momenti causis, quarum notitia per alios haberi non potest, admittuntur, ut probat communis Dd. Schola ex *l. 7. D. Ad L. Jul. Maj. l. 4. C. eod. l. 31. C. de Episc. & Cler. l.* quoniam.

quoniam pen. in fin. C. de Hæret. & Manich. l. 12. & seqq. C. de Quæst. l. 8. 9. & 10. §. 1. D. eod. l. 21. §. 2. h. t. Non probari positionem illam firmiter, aut in universum, ex adductis textibus, existimat D. Matthæus in *d. disp. th. 31.* non omnino tamen esse damnandam, statuit idem de *Crimin. l. 48. tit. 15. c. 2. n. 11.* Admittuntur equidem, sed absque plena fide, si per se consistant, neque per alios contestes validasque præsumptiones adjuventur. Igitur juxta hoc requisitum, ne tales vocentur, nisi deficientibus aliis probationibus, addendum omnino, ne aliter ipsis credatur, quam si adsit contestis omni exceptione major, aliæque deinde præsumptiones efficaces illius testimonium confirment. Vid. Mornac. *in l. 3.* Hotom. *l. 2. C. h. t. &* Wesenbec. *Par. h. n. 3.*

Præterea, ad hunc ordinem referendi videntur *Infames*, qui non habentur in prohibitione abscissa, *l. 3. §. 5. h. t.* cum, quod exceptiones ejus loci contrarium supponunt in casibus non exceptis; tum, quia ad Judicis officium spectare dicitur, perpendere testimonii, quod tales perhibent, fidem, *l. 13. h. t.* Doctores antiqui omnes juris infamia notatos, absolute prohiberi censent, quos sequitur A. Matthæus, ut *supra* jam meminimus. Sed argumenta legum, quibus utitur, id nihilo magis evincunt, quam ratio; non *lex 1. §. 1. h. t.* quæ testes adhibendos ait, qui non prohibentur. Non *Lex 2.* quæ in testibus fidem, dignitatem, mores spectari monet; quod ipsum præfert nostra thesis. *Lex 13.* a nobis adducta est. Nec adeo quicquam in eam partem validi profertur; Quid enim alienius, quam ut damnati injuriarum, pro Socio, Mandative, aut ob aliquem dolum, vel qui fœnoris excessum commiserint, ab omni testimonio penitus arceantur? Recte igitur alii, posse tales audiri, sed videndum esse judici, quid fidei mereantur. Donell. *lib. 25. Comm. Cap. 1. de Testib.* Duar. *2. disp. anniv. & ad tit. C. de Test. c. 1.* Wissenb. *ad h. t. n. 13.* Nec obstat, quod infamia facti, ut loquuntur, notatos ejusdem generis esse volunt Dd. usùsque Fori, ut audiendi sint, etsi minore fidei effectu pro Judicis arbitrio, ut idem A. Matthæus auctoresque laudati testantur; Nec enim inde sequitur, infames juris omnes absolute arcendos. Cum indefinita latitudo sit admissionis officiique judicis in examinanda fide, dignitate, gravitate testium, nihil vetat utriusque generis infames, legibus non exceptos, audiri, & suis quemque meritis æstimari, *l. 2. h. t.* Viles personæ sordidæque χαμεςπεῖς καὶ ἐπιδιφρίυς, *abjectas & humi repentes*, quos vocat Justinianus in *Nov: 90. c. 1.* illic prohiberi videntur, in urbe regia, scil. ubi copia testium honestiorum haberi potest. Sic enim omnes hujus classis homines inter prohibitos collocari possunt, si non desint alii fide digniores, ut *dicere occupavimus*. A. Matth. *ibid. n. 24. de Crimin. tit. 15. c. 2. n. 10.* Wissenb. *d. n. 3.*

De Judæis & Hæreticis dictum est *superius*, illos prohiberi adversus orthodoxos, nec id tamen usquequaque servari; posse tamen inter reprobationis argumenta referri hodieque, quod testis aliquis sit hæreticus, dicendum videtur: Utique, si Religionis odio præcellat, quales adversus Reformatos Pontificii & rigidiores Lutherani: ut tamen ea res magis a singulorum moribus, quam universa definitione pendeat; etiam vero ex genere causarum, si a studio partium non sint remotæ. Denique cognatos & omnes adfines, qui non abscisse prohibentur, reprobationi tamen, hoc est diminuendæ fidei argumento, obnoxios haberi, juxta famulos, nutrices, pædadogos, & amicos, dubium non est; lateque admodum patet hujus rei consideratio, ut docet JCtus *in l. 3. pr. h. t.* Paul. *5. sent. 15.*

DE HIS, QUI INVITI NON DICUNT TESTIMONIUM.

14. Testimonii perhibendi publicum est officium, ad quod etiam *inviti* compelluntur, * *l. 21. §. 1. h. t. l. 16. & 19. C. h. t.* etiam Prætores aliique Magistratus, *d. §. 1.* non tamen Illustres, nisi jussione sacra, *d. l. 16.* exceptis etiam personis proxima necessitudine conjunctis, quales præter parentes, fratres, atque patronos, sunt etiam soceri, generi, vitrici, privigni, statim a sponsalibus contractis, sobrino nati utriusque sexus, & *qui priore gradu sunt, l. 4. & 5. h. t.* Ad ulteriores igitur gradus hæc legalis exceptio producenda non est,

* De pœna testium contumacium, ‡ vide *O. P. S. Tit. 22.* ex quo apparet, eos coërceri multa 10. florenorum, inter Magistratum & producentem dividenda, quæ, si testes in contumacia perseverarint, duplicari poterit. *d. Tit.* conf. Svendend. *ad Fibig. p. 1445.* Extra autem Electoratum, pœna est arbitraria, & multa, si qua dictetur, ad solum Magistratum pertinet. j. Carpz. *P. 1. C El. 16. def. 47.*

‡ Testes omnes absque discrimine prima vice sub 5. thalerorum pœna citandi, quæ & exigenda & in ulteriori citatione nunquam non geminanda est. *O. P. S. E. l. & E. Tit. 22. §. 1.*

ut velle videntur Græci, nisi alium computandi modum sequantur. Scholiastæ Βασιλικῶν *ad d. l. 4.* Καὶ ἁπλῶς, οὐκ ἀναγκάζεταί τις ἄκων μαρτυρεῖν κατά τινος ἐνδοτέρω ὄντος τοῦ ζ βαθμοῦ: *Plane, non cogitur quis invitus testimonium dicere adversus eum, qui infra septimum gradum sit.* Atqui ultimus gradus apud Paulum est, *sobrino natus*, quem esse in quinto gradu, notum est; Forte an error est in *numero* literula expresso, facili ad lapsum; ut scriptum fuerit in Græco ε, quod notat 5, idque longius productum fallere potest pro ζ, quæ est nota 7. Quicquid sit, error non præjudicat veritati. Ultra quintum igitur gradum, non extenditur hæc facultas evitandi necessitatem dicendi testimonii.

15. Sed quæritur, utrum criminalibus sit propria causis, an vero ad civiles quoque pertineat hæc remissio; Basilici de criminalibus tantum accipiunt, *lib. 21. tit. 1. ad d. l. 4.* Ἄκων οὐδεὶς μαρτυρεῖ ἐπὶ ἐγκληματικῶν δικαστηρίων κατὰ τοῦ ἰδίου πενθεροῦ. *Invitus nemo testatur in judicio criminali contra socerum* &c. Verum Scholiastæ Græci ad Basilica, sumunt generaliter, ut & Latini Interpretes, post Accursium *in d. l. 4.* Donellus *d. loc. de Test. c. 9.* Duar. *ad h. t. C. cap. 2.* Wissenb. *par. h. n. 3.* A. Matth. *d. disp. th. 33.* Pro criminalibus argumentum est, quod in *d. l. 4.* privilegium illud propinquitatis, ex lege Julia publicorum judiciorum proficisci dicitur, *in d. l. 4.* Verum ut prohibitiones dicendi testimonii, in *l. 3. §. 5.* ex lege Julia nominatim profectæ generaliter intelliguntur, eodem modo de his casibus æstimandum videtur; Etsi non est diffitendum, rationem utilitatis publicæ a sententia Græcorum non abhorrere; Quid enim incommodi non est in eo, quod ad quintum usque gradum propinquos ad fidem veritati præstandam cogere non licet? Nec temere fit, quod cum hac de re in Suprema Curia occasione causæ criminalis ageretur, Viros Amplissimos Jurisque dicendi Veteres audivi adfirmantes, ante hac Senatui visum esse, Privilegium illud ad accusationes criminum esse restringendum, citabantque rei judicatæ exemplum de anno 1653. In Senatu tamen Parisiensi judicatum esse, adfinem uxoris fratrem, non teneri invitum dicere testimonium, in causa levi injuriarum contra adfinem, *20. Jul. 1582.* testatur Robertus *lib. 2. Rer. judicat. C. ult. in marg. An causæ delictorum civiles hac parte criminalibus æquiparandæ?*

16. Quæsitum est, an adfinitate soluta, duraret adhuc idem privilegium: Quod Curiæ nostræ visum fuit, in privigno, qui contra novercam in causa criminali, a Procuratore Generali citatus erat, cum adfinitatis causa secundis nuptiis pridem mutata fuisset. Excusatus est tamen; Cum enim ante nuptias ex solis sponsalibus, reverentia futuræ adfinitatis privilegium illud tribuat, *l. 5. h. t.* quidni vetus reverentia in eundem effectum maneat? Verum ad secundum genus adfinitatis non fuit extensum Privilegium, quo uxor Privigni similiter uti volebat, ne contra novercam mariti testari cogeretur, *d. 19. Decemb. 1680.* At hoc eodem tempore placuit, Testem citatum & excusantem se, non cogi litem ea causa subire; sufficere, si reus producenti se opponat, atque contendat, excusationem testis in judicio propositam, esse admittendam, ejusque productionem accusatori negandam: ne testis in re aliena se liti implicare cogatur, *in causa Procuratoris Generalis,* contra *Elisabetham Indischeraven, tempore prædicto.*

17. Sæpe movetur, adhuc a nobis dilata Quæstio de Advocato, An contra suum Clientem productus testis, fari cogatur. Ratio dubitandi, quia contra Patronum nemo testari cogitur, *d. l. 4.* inter ipsum vero & clientem, Patrocinii necessitudo esse videtur, cui accedit modo citatum Catonis dictum; *Pro cliente sæpe contra cognatos, adversus clientem nemo unquam bonus testimonium dixit.* apud Gell. *5. c. 15.* Senatus quidem Parisiensis, Advocatum ad dicendum contra suum clientem testimonium simpliciter cogi posse, judicavit, apud Robertum *lib. 2. Rer. judicat. c. ult.* Curiæ nostræ scio ante aliquot annos placuisse distinctionem inter Advocatum adhuc actu patrocinantem, ac patrocinio defunctum, ut priore casu excusetur, altero cogatur. Agebatur de secreto causæ, quod *Foppius Tania* Advocatus, e cliente suo solus intellexisse dicebatur; eum Curia tum quidem excusavit; dein cliente mortuo, cum ipse heredibus amplius operam non daret, denuo productus ab adversario; cum res judicata opponeretur, ea, tanquam mutata causa, insuper habita, condemnatus est ad copiam veri faciendam. Convenit hoc ei, quod Argentræus *ad Consuet. Britann. art. 157. gl. 2.* monet, non esse cogendum Advocatum ita dicere testimonium, ut arcana causæ prodantur. Alii ne hoc quidem admittunt, sed Advocatum nihilominus cogendum censent: Quod ita verum esse queat, si a testimonio Advocati tota cau-

sa

sa pendeat; Nec enim permittendum, ut reus alterum e consciis eligendo Advocatum, eludat probationem, quomodo apud Quintilianum Accusator queritur: *Nihil de advocatione dico, Testem perdidi. Sic proditores corrumpuntur! Declam. 334.* In illa vero causa apud Curiam nostram, de facto quidem secreto, & quod argumentum præberet non spernendum, agebatur, non pertinente tamen ad summam causæ, de quali forte secus judicandum foret.

DE NUMERO ET QVALITATE TESTIUM.

18. De numero Testium nihil certi in universum est proditum: nisi quod unus non sit audiendus, ut *supra* dictum ex *l. 9. C. de Test. l. 20. de Quæstion.* Duo regulariter sufficiunt, ubicunque testium mentio fit simpliciter, quia numerum pluralem apud Latinos, qui *duali* carent, duobus esse contentum novimus, *lib. 12. h.* Sic tamen ut Lex, veluti in testamentis, aut judex, justa ex causa plures requirere possint, *l. 1. §. ult. & l. 3. §. 2.* ubi *numerus testium, h. t.* Nec quidem in tantum ex ratione juris valet unus testis, ut juramentum suppletionis actori deferatur; qua de re tamen videnda, quæ diximus ad *tit. de Jurejur. n. 13. Parte II. pag. 889. seq.* atque *ad tit. de Probat. n. 2.* Excipitur recte casus, si convenerit inter partes, ut unius testimonio stetur, in causis quidem civilibus, non æque in criminalibus, *arg. l. 26. de Re Jud. c. tuis. X. de Testib.* Mynsing. *5. obs. 26. n. 3. & seqq.* A. Matth. *d. disp. th. 34.* Wissenb. ad *h. t. th. 32.* Ad articulum Unius Testis referuntur etiam testes singulares, qui de aliis aliisque locis & temporibus deponunt, circa unum eundemque actum; quales contra Susannam testes a Daniele seorsim examinati. Sed Doctores habent varias limitationes, de quibus vide Gailium *lib. 2. obs. 66. n. 11. 12.* Mynsing. *cent. 2. observ. 20. & obs. 100. n. 6. 7.* Inter limitationes hæc est; ut si factum aliquod in genere probandum sit, tum singulares testes admittantur; veluti si probandum sit, aliquem esse infamem vel hæreticum. Alii contrarium tenent, ut Mynsingerus refert *cent. 3. obs. 76.* qui istas opiniones conciliat, nescio an satis tuto. Forsitan heic locum habet monitum Hadriani in *l. 3. §. 2. h. Quæ argumenta ad quem modum cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest, nec ad unam probationis speciem cognitio alligari debet &c. Ex sententia animi æstimare oportet &c.* Certe ut aliquis pro hæretico vel infami habeatur, id a testibus suspendere singularibus, potest esse periculosum, ut, inquam, e pluribus factis per singulos testes probatis conclusio generalis colligatur: Fieri tamen potest, ut Testes ita conspirent ad eundem finem idemque genus delicti, ut ratio dubitandi nulla sit, quin reus certi criminis sit convictus. Exemplum. Quidam *Antonius de By*, Leovardæ multas mulieres obvias impudice contrectaverat in plateis, in ædibus vim quibusdam facere conatus erat, omnia noctu, idque diu continuaverat magno cum terrore mollioris sexus. Testes omnes de eo, quod sibi seorsim evenerat, deponebant: Curia tamen non dubitavit, eas esse conjungendas reumque pro convicto habendum, *d. 21. Mart. 1645.* Aliud; *Christianus Siamburg* tributorum Collector, accusatus extorsisse tributa hominibus, qui non debebant, quibusdam reddidisse, aliis secus, pro convicto, me referente, est habitus, etsi de pluribus & singulis concussionibus nonnisi testes essent singulares, ante *ferias Caniculares 1680.* Alius haud multo post Residuorum accusatus, quod vehiculis Præfectus in Castris, longe majorem pecuniæ summam a Reipubl. quam illis impenderat, accepisset, nonnisi per singulos aurigas de eo, quod sibi evenerat, deponentibus, est convictus & condemnatus. *Omnibus* scilicet *in unum rei finem conspirantibus & concordantibus*, ut est in *l. 16. C. de Pæn.*

19. Quamvis autem quod plures ajunt, plus fidei mereatur, quam quod pauci, non semper tamen numerus testium vincit, aliquando *dignitas & auctoritas* pluris est quam numerus, *d. l. 3. §. 2. h. Non oportet respici ad multitudinem, sed ad sinceram testimoniorum fidem, ut animum advertamus, quibus potius lux veritatis adsuerit*, *l. 21. h.* Inprimis advertendum, si res non simplici perceptione, sed rationabili constet, quis meliorem scientiæ causam reddere possit. Exemplum satis notabile accidit apud Curiam hujusmodi; Magistratus *Worcumanus* conveniebat artificem rei metallariæ, cujus culpa majorem campanam urbis suæ ruptam arguebant, ex eo, quod malleum intus pendulum nimis ponderosum fecisset; in quam rem quatuor habebant testes, e quibus tres erant artifices ejusdem professionis, qui adfirmabant, campanam præ nimio pondere mallei esse ruptam. Rogati causam scientiæ, respondebant; ita sibi videri. Reus alios producebat testes duos ejusdem artis peritos, qui campanam ea causa non fuisse ruptam

affirmabant, & causam scientiæ hanc reddebant: Campanam *talis* diametri esse *tanti* ponderis; mallei pondus non esse nimium, si non excederet proportionem trium & semissis a Centum totius campanæ: hunc autem malleum consistere cis & intra illam proportionem, ratione ponderis ejus ex diametro collecti: Quanquam Worcumani campanam pendi, ac ita pondus ejus exacte colligi non permiserant. Reus etiam, etsi non plene probabat, se monuisse Worcumanos, ne tam valide campanam quaterent, atque ut situm ejus, quia tritis erat lateribus ea parte, qua tum pulsabatur, mutarent; Reus absolutus non tam his adjutoriis, quam duorum fide testium adversus quatuor consentientium. *Nicolaus Job. Adama cum soc. in qual.* contra *Wilhelmum Sprakel. ante ferias Natal. 1650.*

20. Huc etiam pertinet, quod testes oculati præferuntur auritis, etsi de auditu testes ideo non sint rejiciendi, utique si ipsi audiverint, potius quam si ex aliis se audisse narrent: neque tamen ejusmodi adsertiones in rebus antiquis & publicis semper contemnendæ sunt, *l. 28. de Probat. l. 2. §. idem Labeo. de Aqu. pluv. arc.* Quod si quis ipse audiverit rem solo auditu constantem, nihilo minoris est fidei quam qui vidit rem solo visu percipi aptam: Etsi in comparatione, quanto quisque viderit accuratius, tanto certior habendus est testis, ut tamen gradus non variet speciem. Exempli gratia. Effractio, rapina & vis publica noctu, atrocissima in agro commissa fuerat. Duo testes erant. Famula domus se ex duobus fratribus Primum vidisse ac in faciem intuitum esse, clareque cognovisse testabatur, alterum non plane agnoverat: Paterfamilias *Secundum* fratrem distincte ex ipsa facie agnoverat, Primum etiam cognoverat e vestitu, mole corporis & tono vocis, ut constanter adseveraret, eum a se cognitum, certoque adfuisse facinori. Testimonium hoc respectu Primi plenæ fidei est habitum, & Primus frater, ut duobus testibus convictus, est condemnatus; alter etsi uno teste gravissimisque præsumptionibus dux & auctor sceleris habitus, non potuit tamen nisi Quæstioni, ad quam se mire duraverat, delegari, *ante ferias Pentecost. 1680.*

21. An & testes rogati specialiter, fortuito intervenientibus præferuntur? Ita in testamentis præcise requiritur, *l. 21. §. pen. Qui testam. fac.* In instrumentis conficiendis idem fere observatur, *l. 18. C. h. t. Nov. 73. c. 2.* aliis rebus inopinatis nihil interest, *l. 11. h. t.*

DE MODO ET RATIONE TESTES EXAMINANDI.

22. Sequitur modus & ratio testes producendi, atque examinandi. ‡ Primo sumptus a producente repræsentandi sunt, ‡‡ pro cujusque dignitate, *l. 3. §. ult. h. l. 11. C. h. & l. 6. §. 2. C. de Appell.* Frisii pro antiqua frugalitate sua, nobili vel nobilibus pari personæ foris evocatæ adsignant binos in diem florenos, id est, quinta parte minus quam thalerum imperialem; Si in loco judicii *deponant*, unum modo florenum capiunt, si velint: Plebejis utroque casu dimidium ejus, quod nobili datur, sufficere visum, idque tam pro vocatione, quam pro expensis, *Stat. l. 3. tit. 33. cap. getuigen.* Quod si adversarius in expensas condemnetur, producens ea, quæ expendit, recuperat, *scilicet.* Debent autem ipsi testes examinari, neque sufficiunt probatæ exhibitæque in judicio Depositiones, de quibus Hadrianus Cæsar; Testibus *se, non testimoniis* crediturum, abrupte

‡ Si testes non sunt eidem judici, coram quo causa agitatur, subjecti, producto ante tres hebdomadas, quam requisitoriales transmittuntur, articuli insinuandi sunt, ut intra istud spatium interrogatoria sua, & exceptiones contra testes & articulos coram judice requirente proponere queat, qui de his arbitrabitur, illa transmittet. Judicis requisiti officio non continetur, producentem aut productum de termino facere certiorem, potius testes sub mulcta citabit, & partibus etiam absentibus examinabit, quæ tamen, si volent, & eo nomine judici requisito se offerent, suis sumtibus testes jurare videbunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 21. §. 4.*

‡‡ In Saxonia testi intra quartum lapidem degenti, nobili aut nobilibus pari, 2. Unciales pro itineris sumtu, & in singulos dies, quibus in judicii loco commoratur, alii duo unciales, reliquis honoratioris conditionis personis dimidia pars, vilioribus denique civici aut rustici ordinis hominibus in unumquemque lapidem sive milliare 4. grossi, in dies singulos 6. aut 8. grossi, a producente solvantur, ita quidem ut pecuniam una cum articulis, aut intra spatium judici *O. P. S. E I. & E. Tit. 20. §. 7.* præfixum offerat, nisi, hoc neglecto ad dupli solutionem se adigi malit, quo casu id quod pœna est, inter judicem & testes dimidiatis portionibus dividetur. In pauperum causis testes eos sumtus petere nequeunt; est tamen eorum etiam in fine litigii, ut aliorum sumtuum, pro re nata, ratio habenda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 22. §. 3.*

rescribit

rescribit in *l. 3. §. 3. h. t.* Proinde licet mortui sint testes, scriptis eorum adtestationibus fidem non esse habendam, verius est; quatenus creberrime compertum est, eas leviter, ex gratia, dictantibus sæpe iis, quibus serviunt, conscribi; denique sæpius evenire, ut ab ipsis in judicio testibus juratis, interrogatis, examinatis, aliter res exponantur. Sed an absentes per alios judices, quam ubi causa agitatur, examinari possunt? In civilibus, ita; de criminalibus secus esse cautum, scribit A. Matth. *d. disp. 9. th. 37.* quod a ratione non abhorret, at in textibus ab illo citatis non extat, *l. 3. §. 3. h. l. 16. & l. 19. C. h. t.* Quin Lex 16. tam in criminalibus quam civilibus jubet testes vel *propria voce testimonium ferre, vel si non adfuerint, mitti ad eos Procuratores partium, apud quos deponant quæ noverint, vel dejerent quæ ignorant:* idque ita in Foro nostro servatum memini, ut, si testes in criminalibus ad locum judicii venire nolint, aut nequeant, advocati partium mittantur ad locum examinis.

23. Necessitas autem veniendi ad locum judicii in civilibus etiam pluribus remittitur, militibus, senibus, valetudinariis, Magistratibus, Reip. causa absentibus, publicanis in statione occupatis, & generaliter quibus venire non licet ex justa causa, *l. 3. §. ult. l. 8. & l. 19. h. t.* ubi tales inviti dicuntur non perhibere testimonium; quod non ita capiendum, quasi testimonio dicendo subducere se queant, sed quod sine contumacia differre suum adventum, vel quod domi suæ, aut illic ubi agunt, examinandi sint, quem honorem volunt leges Episcopis esse habendum, *l. 7. & Auth. Sed judex C. de Episc. & Cler.* Moribus nostris, hæ excusationes non valent, nisi ob inevitabilem morbi aut absentiæ necessitatem, quo casu Judex seu Commissarius, in locum, ubi tales personæ reperiuntur, se confert; quod & sæpe fit, utilitatis causa, ut sumptibus parcatur, ubi ingens testium numerus in eodem loco reperitur, tam in criminalibus quam civilibus causis. Alioqui testes in locum judicii venire mulctæ quoque dictione, vel si res majoris momenti, carcere coguntur. Quid autem si testes evocati non statim examinentur? Observare debent judicem per quindecim dies, *l. pen. C. h. t.* At cujus impensis? Si per judicem stet, hic iis impendia dabit, *l. 3. §. 4. h.* quæ alioquin a producente suppeditantur, *l. 11. & l. 16. C. h. t.* Finitis autem quindecim diebus, Testes recedere, nec unquam ut redeant, cogi possunt, *d. l. pen.* Verum illud quindecim dierum spatium, moribus haudquaquam servatur. Statutis nostris hac parte cautum est, ut, si judex Commissarius non præsens aut paratus sit, die præfinito testes audire, producens alium ex continenti petere possit Commissarium surrogandum, *lib. 3. Statut. tit. 3. art. 1.*

24. Fuit modus & locus producendi testes, sequitur illos examinandi ratio, de qua prima incidit Quæstio, utrum testes seorsim a Judice, an utroque litigatore præsente, sint examinandi. Communis est sententia in Foro ubique recepta, quod vocandi quidem sint, ut videant jurare testes, examen secreto fieri debeat, Donell. *25. comm. de testibus. c. 10.* Hotoman. ad *l. 12. C. de Testib.* Gudelin. *4. de Jure Noviss. c. 16.* Faber ad *h. t. C. def. 13. & 52.* Dissentiunt Præceptores nostri A. Matthæus *d. disp. 9. th. 42.* Wissenbachius *ad h. tit. th. 23.* qui censent, adeo litigantium, inprimis adversarii, præsentiam requiri, non modo ad jurandi conspectum, sed & ipsas depositiones testium audiendas, ut *μονομερῶς*, id est absente adversario, nisi is per contumaciam absit, testes examinari nequeant. Textus & Juris ratio debent regere nostrum judicium. Adfirmantes non videntur admodum fidenter uti debere argumento *Legis 14. C. h. t.* ubi, *ad Judicantis intrare secretum;* hoc enim *de Secretario*, id est secretiore judicis conclavi, opposito ad Forum vetus Romanum, in quo testes audiebantur, intelligi potest, in quo partem adversam adesse nihil vetet: Verum eo potius nitantur, quod novissimæ Constitutiones meminerunt temporis, quo testimonia publicantur & partibus innotescunt, *Auth. At qui semel. C. de Probat. & Nov. 90. c. 4.* qua de re actum *ad tit. de Probation.* cujusmodi tempus non habet usum aut intellectum, si præsentes adversarii testium depositiones, dum fiunt, audiant. Textus, quibus utuntur Viri summi, non cogunt ad hoc, quod volunt; *Lex pen. C. h. t.* præsentiam adversarii ponit, nisi contumaciter absit; eandem præsentiam apud ipsas vivæ vocis depositiones non requirit. *Lex 18. C. de fide instrum.* diserte equidem ait, *Depositionibus sub utriusque partis præsentia factis.* Imo in *Novel. 90. c. ult.* sic habetur, *præsentem esse & audire attestationem*, satis clare, ut videtur. Sed in eadem *Nov. 90. cap. ult.* sequitur inferius; *Si enim recusaverit, & advenire noluerit & audire depositiones; (etenim publicabuntur.)* Quæ verba significant, præsentiam & auditionem, quæ adversario tribuitur, non intelligi de momento examinis

& depositionis, sed de publicatione, quæ non diu postea in loco judicii celebratur. In Veteri tamen Foro, satis cum ex historiis, tum ex Orationibus Ciceronis constat, examina testium, maxime criminalia quæstionesque palam fuisse habitas, ac institutas partibus omnino præsentibus, eoque pertinet *Lex 27. §. 7. Ad L. Jul. de Adult.*

25. Quando ventum est ad Judicis secretum * producens vel ejus Procurator, exhibet judici positiones sive articulos, secundum quos examen testium sit faciendum, de quibus ad *tit. de Probat. & de Interrogat. in Jure*, dici occupatum est. Juxta exhibitionem articulorum, ante examen, a testibus juramentum veritatis exigitur, sine quo testes non merentur fidem, *l. 9. & l. 18. C. h. t.* ubi, *cum Sacramenti religione deposuerint.* Adiguntur autem ad jurandum, *priusquam perhibeant testimonium.* Si post attestationem verbis factam jurent, depositiones non habent vim probandi, licet in continenti juramentum fuerit subjectum, ut recte D. A. Matthæus *d. disp. 9. th. 43.* ubi plures citati auctores, nec aliter in foro servari, testatur Mynsingerus *cent. 4. obs. 77.* Ratio non est obscura, quod ubi juramentum sequitur declarationem, religio jurandi non arctaverit loquentem, & pudor homines a retractando, si deinde juramentum exigatur, retineat: ut videre memini, testes apud Judices, qui per ignorantiam juris, in continenti post depositionem jusjurandum ab illis exigebant, repentino rubore suffusos & perplexos adigi ad id præstandum. Gailius tamen in Camera Spirensi narrat esse receptum, ut *præposteratio* ex continenti commissa depositionis fidem ne tollat, *1. obs. 101. n. 9.* Hinc porro sequitur, testes jurare nolentes non esse audiendos, quod etiam in *Mennonitis* nostratibus servatur, qui temperamento ab Ordinibus illis concesso, ut Deum testem duntaxat invocent, sæpe nolunt uti; remittuntur inauditi, prius admoniti, ut in officio esse velint, atque edocti nihil esse juramentum quam formulam precandi; sine fructu plerumque apud homines ἰδιογνώμονας, ut crebro experti sumus. Erat talis, qui rogatus a Commissario, quid scrupuli inveniret in Deo teste invocando. *Quid scio*, inquit, *an Deo volupe sit esse mihi testi?* Memini talem Mennonitam malæ mansioni hanc ob causam traditum & mulctatum esse; quod respectu superstitionis, rigidius videtur, nec carcer hac causa probatur in *l. 19. pr. C. h. t.* Ideo nunc ea res modica verborum castigatione transmittitur. In alios vero, qui non metum religionis, sed contumaciæ causam habent, rigor extremæ Jurisdictionis intendi posset, *arg. l. 1. D. Si quis Jus dic. non ob.* Non potest igitur Judex remittere jusjurandum? Non potest, ne Catoni quidem, aut Xenocrati, cui non tam judex quam populus Atheniensis eum honorem habuit, teste Diog. Laertio *in ejus vita.* Pars adversa equidem remittere potest juramentum, ** *arg. l. 26. de Re Jud.* quod de civili capiendum, non de criminali causa, ubi accusator non de suo, verum de eo quod interest Reipubl. agit, & decidere nequit, Mascard. *vol. 1. quæst. 5. n. 108.*

26. Juramentum a testibus exactum & examen, responsio adversæ partis ad positiones analogice præcedere deberet; ut cognitis adversarii responsionibus, producens scire posset, quibus factis opus sit per testes probandis, etsi plerum-

* Apud nos in Termino a Judice præfixo ‡ producens, sub pœna desertionis, testes tenetur producere realiter, si sint præsentes, absentium autem accusat contumaciam & absentes tanquam præsentes producit, eos vero, qui comparuerunt, prævio jurejurando ad articulos, antea a se exhibitos, a judice petit examinari. *O. P. S. Tit. 20. §.* ebenmäßig. *§.* wann es nun.

‡ Non comparente producente, probatio per testes, aut documenta, aut articulos, super quibus producto juramentum delatum, facienda, pro deserta habetur. Producente autem comparente, solenni productione testium vel præsentium vel etiam absentium non amplius indiget, sed judex vel petente producente, vel ex officio examinando præsentes, vel citando absentes, in causa rite perget. *O. P. S. E. 1. & E. Tit. 20. §. 7.*

** Jure Saxonico & partis producentis consensus requiritur, & quidem non tacitus, sed utriusque litigantium expressus. *O. P. S tit 20 §. 3.* verbis: den gewöhnlichen Zeugen-Eyd leisten, und dessen keiner ohne beyder Theile ausdrücklicher Bewilligung erlassen, auch auf den Gegenfall, da der Zeuge nichts minder ohne Eyd abgehöret würde, auf des Parts Ansuchen, auch nach eröffneten Gezeugniß, auf vorhergehenden gewöhnlichen Zeugen-Eyd von neuem examiniret werden. Casus cum eos, in quibus, remissione partium non obstante, Judex jusjurandum ex officio exigere potest, tum alios, ubi testibus injuratis creditur, annotavit ill. Mencken. ad *O. P. S. tit. 20. §. 12.*

que

que apud nos una feria adversarius & testes citantur. Et tunc primo fere testes jurant, dein adversarius juratus de calumnia, respondet. Quo facto eædem positiones, secundum quas fiet examen, adversario tradendæ sunt, ut articulos apponat *interrogatorios;* item ut eas exploret, an sint causæ legibus congruæ, an contineant res indecoras, a causa alienas, an facta, de quibus ante interlocutoriam nihil sit dictum, contineant, quod Statutis nostris vetitum, *3. 18. v. 9. 10.* Examinat etiam personas Testium, an non sint inter eos, qui testimonium in ea causa dicendi jus non habeant. Si quid ejusmodi deprehendatur, & res tanti sit, potest se adversarius opponere testium examini. Super qua re summarie disceptatur, eaque lis incidenter deciditur; quæ decisio nihil est quam interlocutio.

27. Quæritur autem, si quæstio facti sit, *utrum* scil. *merita personæ sint ejusmodi, ut a testimonio excludi debeat*, an tum dilatio tanta sit ac interlocutio facienda probationis causa, testesque in eam rem producendi. Respondetur, non facile id esse admittendum, quia tunc interlocutione opus esset ad interlocutionem, imo plures interlocutoriæ aliquando cumularentur. Exemplum: Testis in causa criminali a Procuratore generali producebatur. Reus opponebat se testi pluribus argumentis facti, quo minus admittendus esset, offerebatque se probationi. Impetravit interlocutionem & dilationem probandi causa. Testes etiam contra testem illum produxit; quorum uni se rursus opponebat Procurator Generalis, præparatorie probans illum esse inhabilem, petebatque, ut sibi in eum finem liceret producere suos testes: At hoc negatum, ne duplex interlocutio fieret in interlocutorio processu; etsi meritum causæ magis hanc interlocutionem, quam priorem exigeret. Simul animadversum est, primam quoque interlocutionem rectius omittendam fuisse: Præsertim quia Reus in sequenti dilatione, quæ datur reprobandi causa, rationes, cur ille testis fidem non mereretur, suo commodo probare poterat. Ita observatum *in causa Procuratoris Generalis contra Christianum Siamburg, d. 14. Februar. & d. 20. April. 1680.* Solet tamen ita servari in Foro nostro, ut in causis majoris momenti, quando is, contra quem testis producitur, præparatorie probat causas sufficientes testem penitus excludendi, interlocutio quandoque concedatur.

28. Quæsitum est, an talis oppositio fieri posset ob hujusmodi causam; Producens in calce positionum suarum ita collocaverat; *Rogo, domine Judex, ut ex testibus quærere velis, numquid iis amplius de causa, quam heic positum est, compertum sit.* Fiebat oppositio; propterea quod adversa pars ad ejusmodi generale supplementum non posset articulos concipere *interrogatorios*, quod jus ei nefas esset intercipi. Quidam tamen putabant, nihil ejusmodi positione comprehendi, quam quod Judicis officio continetur, *l. 3. §. 1. in fin.* ubi, *ad ea quæ interrogaveras. & §. 3.* ubi, *Ipsos interrogare soleo:* nec judici hac parte modum aut tempus, si intra causæ terminos maneat, præscribi posse, *l. pen. de Interrogat. in jur. fac.* atqui contra judicis quæsita, quæ ex officio fiunt, nullos adversa pars *interrogatorios* opponendi facultatem habet. Quid autem plus erat in ejusmodi articulo generali, quam imploratio judicis officii? qualis semper ipsis interrogatoriis subjici solet. Fecit tamen illa prior ratio, ut oppositio admitteretur, producensque illam thesin inducere juberetur, *in causa Simonis de Wyn in qual. contra Alrickum Hajinga, Prætorem militarem d. 15. Octobr. 1679.* Habet disciplina fori suam formularem trituram, a qua non facile, tametsi forte ratio juris haud prorsus eam exigat, recedendum.

29. Cæterum, positionibus exhibitis, Adversa pars, articulos, quos sæpe dixi, adjicit interrogatorios, * quibus rogatur judex, ut testes velit examinare super *talibus* circumstantiis causisque

* Etiam nostræ *O. P. Tit. 20. §.* nachdem etc. producto potestatem facit interrogatoria offerendi, ‡ si modo ante Terminum vel in ipso termino ea exhibeat, nam ex officio ea a Judice non solent confici. Suendend. *ad Fib. Pr. p. 1420.* Prohibentur autem *d. §.* interrogatoria generalia ad causam, & specialia tantum ad singulos articulos directa, aut generalia ad personas testium pertinentia, admittuntur, ubi judicis incumbit officio interrogatoria inepta, impertinentia, statim rejicere nec testes super iis examinare, conf. Stryk. *Introd. ad Prax. for. c. 18.* Joh. Sam. Stryk. *Disp. d. interrogatoriis ineptis.* eumque in finem ea in termino cum producente communicare, ut excipiendi detur copia. Martin. *ad d. §. n. 142.* Suendend. *l. c. p. 1418.* non antea, ne forte testes subornandi suppeditetur ansa. Nicol. *Proc. p. 1. C. 16. n. 1.* Lang. *Proc. 54. n. 10.* Super interrogatoriis licitis vero, legitime exhibitis, si testes de facto examinati non fuerint, repetendam eorum esse depositionem, admonuit Suend. *d. l. p. 1420.*

‡ Super interrogatoriis, pariter atque articulis, num pertinentes sint nec ne, multis non est disputandum; scien-

ſcientiæ, quas alter pro ſe momentum aliquod contra producentis intentionem habere putat, præmiſſa proteſtatione magiſtrali parumque neceſſaria, cum res ipſa eam contineat; *ſe non admittere poſitiones*, *niſi ſalvis, reprobationibus & ſalvo jure in omnibus*, clauſulaque ſubjecta *implorandi interrogationes juris*, quæ ſunt officii judicis, ut *modo* indicatum eſt, verſanturque in eo, an ſatis ſibi conſtent voce, vultu, dictione; nam qui vacillant, aut inter ſe diſcrepant, his merito fides ſubducitur, *l. 21. §. ult.* & ſimilibus.

30. Redhibitis poſitionibus, quod fieri debet quantocius, Judex *Commiſſarius*, aut quod alibi moris eſt, ſcriba publicus ſingulos articulos teſtibus prælegit & ſingulis declarationes teſtium explicite ſubſcribit, ut rei momentum poſtulat & Statutis noſtris præcipitur; quæ diſerte prohibent, depoſitiones concipi remiſſive ad articulos, velut, Teſtis ait; verum eſſe *articulum primum*; negat *ſecundum*; neſcit *tertium*, ſine expreſſione, quid teſtes declarent, ſub pœna nullitatis & impenſarum novi examinis, *lib. 3. tit. 22. art. 1.* Ubi hoc bene ſervatur, carere licet hac quæſtione, quomodo teſtes reſpondere debeant; *ſcire ſe*, an *credere*, vel *arbitrari*, aut *videri ſibi*, de qua vide Auctores apud A. Matthæum *d. diſp. 9. th. 45.* Veteres modeſtiæ cauſa *videri ſibi* & *arbitrari* amabant loqui, ut Cujacius probat *3. obſerv. 26.* Quin Cicero argumentum refutandi teſtis Galli inde petit *orat. pro Fontej.* quod *verbum illud conſideratiſſimum noſtræ conſuetudinis*, ARBITROR, omiſerat; *quo nos etiam tunc utimur*, ait, *cum ea dicimus jurati*, *quæ comperta habemus*, *quæ ipſi vidimus*. Verum hic ſcepticiſmus abiit ex uſu temporum; nec, *etſi de omnibus dubitandi inſtitutum revixerit*, hac parte receptum eſt, ut reſponſa teſtium dubia pro certis habeantur. Verum ſi quis nolit dicere teſtis, ſibi conſtare, ſe vidiſſe, audiviſſe, ſcire ſe, teſtimonium ejus vim probandi non habebit nec in civilibus neque maxime in criminalibus, ut recte Duaren. *ad tit. C. de Teſt. c. 4.* Gomeſ. *3. Reſ. 12. n. 10.* Coſtal. *in l. 21. de Recept. qui arb.* Quod autem D. Matthæus id in univerſum & de omnibus caſibus adfirmari non poſſe ſcribit *d. th. 45.* res ipſa loquitur, de his, quæ teſtes non bene ſciunt, recte eos facere, ſi dubitanter loquantur, pari fide illis adhibenda. Cæterum, ipſa pars adverſa per *Credit* & non *Credit*, defungi poteſt; quia quod ipſe præſtat juramentum, id eſt opinionis, quod a teſtibus exigitur, hoc veritatis eſt. Quid ſi teſtis ultro aliquid ad cauſam pertinens exponat, hoc etiam judex adnotabit? Sine dubio; quando & ipſe tam poſitiones producentis, quam interrogatoria partis adverſæ in examinando, *ut modo probavimus*, egredi poteſt.

31. Teſtibus auditis & teſtimoniis publicatis, ‡ qua de re *ad tit. de Probation.* actum adverſa

ſi ſuper ejuſmodi, vel interrogatoriis, vel articulis forte teſtes per negligentiam examinati ſunt, eorum in ſententia ratio haud eſt habenda; rectius tamen judex ea omnia ſtatim & ex officio rejiciet, ſuper reliquis, neglectis iis, quæ ab adverſa parte regerentur, teſtes examinari faciet. Si una alterave pars arbitrio judicis ſtare nolit, & ad JCtos provocabit, licebit hoc ei, ſed ſuis impenſis, & V. thaleris in caſum ſuccumbentiæ apud judicem repoſitis. Contra ejuſmodi ſententiam nulla prorſus leuteratio, niſi in cauſis ſtatim ab initio in ſuprema curia ventilatis, nec appellatio facile apud Judicem ad quem locum inveniet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. §. 8.*

‡ In Saxonia Electorali probatione & reprobatione abſoluta, teſtibus auditis, documentis recognitis, juramentis etiam præſtitis, judex, ſpatium 14. dierum concedens, ex officio partes ad publicationem atteſtationum citat, & iſtas in termino rite publicat, parte etiam neutra comparente, probationem reprobationemque, quæ pro publicatis habendæ, Actis adjicit, partibusque comparentibus vel non comparentibus rotulorum exempla, intra 14. dies ſub 5. thalerorum pœna confecta, communicat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 29. §. 1.* Quod vero ad poſitiones attinet, quibus ſuper probatione & reprobatione diſceptatur, iis ſpatium trium hebdomadum eſt præfinitum, quarum prima nunc promiſcue ab actore intra illud ſpatium, ab elapſis 14. diebus confectioni rotulorum deſtinatis computandum, eſt porrigenda, adverſus quam reus intra ſimile ſpatium excipit, atque ita actor replicat, & reus duplicat. Uti autem hæc ſpatia, nec a judice, nec partium compromiſſo, prorogari poſſunt, ita, ſi alterutra pars ea non obſervaverit, nulla contumaciæ accuſatione opus eſt, ſed judex ex officio omne id, quod poſt illud ſpatium offertur, rejicit, & ab actis repellit. Iſtarum poſitionum duo nunquam non exempla ſunt offerenda, quorum unum apud acta retinetur, alterum parti petenti traditur, *d. Tit. §. 2.* Denique vim probationum in cauſis, quarum probatio & reprobatio per documenta facta, oretenus

pars

pars facultatem habet *Reprobandi*, hoc est, objiciendi personis testium quicquid ad fidem illorum minuendam in ista causa facere potest, eorumque testationes refellendi, vel ipsis inter se dictis eorum comparatis, aut contrariis aliunde probationibus, etiam testibus in eam rem denuo productis, *l. 17. C. h. t.* & dixi *ad tit. de Prob. n. 12.* Sed personalia quod attinet, sciendum, excludi non posse testem ab eo, qui prius eundem produxerit, ne quidem in alia lite, nisi ob causas deinceps ortas, *d. l. 17.* Quid si testis non productus ab aliquo, sed absque reprobatione admissus fuerit, an hic deinde repelli non potest? Commune dictum in Foro est, *Quem probo, non reprobo, d. l. 17.* Atque in eadem lite, diversa instantia non posse excludi, nec quidem cum effectu reprobari, absque nova causa, dicendum videtur, & Curia nostra judicavit in causa memorata *Johannæ Heslinga adversus Curandum Dose;* qui cum sorores Actricis apud Judices inferiores admisisset, in judicio appellationis illas frustra excludere conatus est. In diversa causa quo minus reprobandi jure possit uti, non videtur esse justa ratio; cum fieri possit, ut alia rerum hominumque conditio atque fiducia in diversis negotiis appareat; Quæ ratio velle videtur, ut etiam qui produxit testem in una causa, videatur eum recusare posse in lite diversi generis; si causa reprobandi non petatur ab odio personæ, sed ab affectione causæ, *arg. d. l. 17.* verb. *non licebit ei personas eorum excipere.* Fit aliquando, ut qui produxit testem, eundem reproducere velit, ut sua dicta corrigat: Sed hoc aliter non permittitur, quam si fiat in continenti, priusquam locutus sit cum producente, justamque erroris causam alleget; Ex intervallo non permittitur, *l. ult. C. h. t.* A. Matth. *d. disp. 9. th. 41. & 46.* Quominus tamen judex ultro ex officio testem de obscuris dictis iterum examinet, nihil impedimento est, *arg. l. pen. de Interrogat. in jur. fac.* Matth. *d. th. 41.*

32. Quoties produci possint testes, quæri video. In *Nov. 90. cap. 4.* sic est definitum; Tres productiones sunt licitæ; ad quartam non admittitur litigator, nisi juraverit, se non percepisse testificationes adversarii; nam post harum perceptionem nullas amplius productiones, licet una tantum facta fuerit, adhibere licet, *d. cap. 4. in fin.* Sed numerus Productionum unde æstimetur, ab horis, an a numero dilationum, quærunt etiam; Cujacius, Donellus, A. Matthæus, decem dies censent numerandos inter singulas productiones, credo ex verbis *d. cap. 4. non tamen post longum intervallum.* Hæc quisque cum usu fori sui conferre potest. In nostro distinguuntur testium productiones, ut dictum *supra*, in Probatorias, Reprobatorias, & Contrareprobatorias. Probatoriæ habent dilationem ordinariam, aut a Curia præscriptam, *ad tit. de Probationibus* expositam. Reliquæ duæ trium Septimanarum dilatione legitima circumscribuntur. Intra illos terminos licet uti tot productionibus, modo non iidem sint articuli & testes, quot ipsa res exigit, etsi nunquam plures tribus ego viderim factas; numerus dierum inter singulas productiones non est præscriptus, ut forte nec jure civili; modo fiant intra terminum dilationis legitimæ, & ante cognitas adversarii probationes; nisi quod reprobatoriæ productiones semper fiunt postea, Sand. *1. 10. 5.* Quod de productionibus secundum horas distinguendo illi quærunt, parum intelligo. Usum certe non habet quem viderim.

33. Omnibus productionum vicibus absolutis, postquam a partibus in causa conclusum, Judex e testimoniis aliisque probationibus judicaturus, ex sententia animi sui æstimare debet, quid aut credat aut parum sibi probatum opinetur, *l. 3. §. 2. h. t.* nec valde opus est, ut moneamus, eum plus fidei tribuere debere pluribus quam paucioribus, adfirmantibus quam negantibus, dignioribus quam humilioribus, senioribus quam junioribus, masculis quam feminis, ut tradit e Dd. A. Matthæus *d. disp. 9. th. 50.* Hæc enim tot exceptionibus & cautionibus circumscripta sunt, ut non minus quam alias opus sit eo, quod Arcadius ait in *l. 21. §. ult. h. t.* ***Credendum est, quod naturæ negotii convenit confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora & vero proximiora esse comperit &c.***

DE TESTIBUS EXTRA JUDICIUM COGENDIS.

34. Dictum est *superius*, necessitatem testimonii dicendi esse publicam a lege derivatam in Magistratum, qui non tantum requisitus a partibus, sed etiam ex officio in causis publicam utilitatem spectantibus cives adigere potest ad testi-

excutientibus septiduum, non computatis diebus dominicis vel festis, injunctum, actore iterum initium faciente, qualis procedendi modus etiam obtinet, quoties illi, cui juramentum delatum, conscientiam per probationem defendere libuit. *d. Tit. §. 3.*

monium jurato præstandum. Privati vero neminem ad hoc compellere possunt, *arg. l. Constitutio jubet. C. de Testib.* rogati in testamentis, in contractibus cæterisque inter vivos aut mortis causa negotiis adhibentur, *Nov. 90. C. 2.* nec inviti ad hoc coguntur. Sed quia Judicii publica est auctoritas; hinc eo contracto constitutoque datur facultas ex lege testes cogendi; cujusmodi auctoritas & vis legis in extrajudicialibus cessat, etsi Magistratus officium requiratur; quando enim id non fit ex causa publica, sed privati alicujus rogatu, nemo tenetur hujusmodi requisitioni parere. Quamvis igitur *Præparatoriæ*, quas vocant, testium examinationes, frequenter ita instituantur, ut homines sine litis contestatione, de factis quibusdam juxta conceptas positiones respondeant, si quando hoc eveniat, ad Magistratus quidem vocati accedere debent, in arbitrio tamen habent, utrum respondere velint, an secus. Nec ea res ad Magistratus, qui non nisi requisitus officium suum adhibet, contemptum pertinet, etsi meminerim, ubi perperam id existimatum & in cives ea causa animadversum sit, imperite. Quin si responsiones hoc modo sint elicitæ, nihilo tamen plus valoris, quam adtestationes a Tabellionibus scriptæ in se continebunt.

35. Ita quidem in universum: Sed excipitur Examen testium *in perpetuam rei memoriam*, ‡ ad quod testes etiam compelli possunt, si adsint hæ duæ conditiones; prima, si lis nondum possit moveri, sive quod jus necdum sit natum, vel quod alia sint impedimenta. Secundo, si testes ob senectutem vel peregrinationem tempore litis forte non sint adfuturi, qua causa lis etiam moveri potest, antequam jus sit natum, executione donec id natum fuerit, differenda, *l. 40. D. ad L. Aquil.* Istæ quidem conditiones in eo, qui jus agendi habet, requiruntur; Reo facilius hujusmodi extraordinarium Examen indulgetur, quia ille non habet in potestate rem in judicium deducendi, & quia reus semper alias præ actore favorabilis habetur, *l. 125. de R. J.* Idem in Criminalibus adhuc justiore de causa Reo concedendum; Accusatori non æque; Tametsi Procuratores generales præparatoriis examinibus officium suum frequenter exercent, attamen absque necessitate Publica juramentum exigendi, vel si hoc maxime sit præstitum, probationis fidem faciendi. Modus autem producendi testes in perpetuam rei memoriam, est, ut libello supplice petatur illa facultas, & Commissarius judex, a quo testes examinentur, vocata parte adversa, quæ testes videat jurantes, juxtaque positiones probatorias articulos ponat interrogatorios, sicut in examinibus testium post interlocutionem judicialem fieri solere, supra commemoratum est. Depositiones conscriptæ apud officium Judicis sive in ipsa Curia custodiuntur, ut occasione judicii suo tempore movendi, inde repetantur, atque tunc justum plerumque probandi effectum habent; sic tamen, ut si testium copia tunc etiamnum haberi possit, iidem denuo producendi atque interrogandi sint, ut in Curia nostra judicatum est *in causa Freerk Gosliks Requirant contra J. ds Foekes, Gedaedte.* Vid. *Cap. Quoniam X. de Test.* Mynsing. 4. *obs.* 71. Gail. 1. *obs.* 22.

Tit. VI.

De Juris & Facti ignorantia.

I. Continuatio, & quotuplex sit Juris ignorantia. II. Personæ, quibus jus ignorare licet, non sine discrimine tamen. III. De intellectu regulæ, quod Juris ignorantia noceat in lucris, non in damnis. IV. Objectiones quædam removentur. Ignorantia facti quatenus excuset.

IN facti Quæstionibus, circa quas probatio vertitur, usu venit ignorantiæ allegatio, quæ secundum Rubricam, duplex, Juris vel facti est, de quibus philosophorum sententias non excutiemus; sed quæ in Juris artem ex ipsa philosophia translata sunt, breviter videbimus. Ignorantia Juris, est vel naturalis, vel positivi. Et hujus, vel divini, vel humani. Rursus hujus, vel Gentium vel Civilis. Juris Naturalis & divini moralis ignorantiam, excusare neminem, cum non modo Sacræ Scripturæ, sed etiam cordium tabulis insculptum sit, ut Apostolus docet *ad Rom. 1.* clarum est. Idem in Jure Gentium, quia naturalis ratio hoc inter omnes homines constituit, *§. 1. de Jur. Nat.* Horum igitur sine flagitii confessione præferri non potest inscitia: Nec quidem Juris Civilis, quod est communis omnium civium sponsio, *l. 1. & l. 2. de LL.* nisi jus novum sit, vel

‡ Qua probationis specie, uti licet, & reo & actori, etiam per documenta, si parti quoad probationem aut reprobationem periculum immineat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 27. §. un.*

pla-

plane non promulgatum, vel quod absens scire non potuerit, quomodo in historia sacra Jonathan edictum patris de jejunio ignoraverat. Et videntur ejusdem generis esse municipales super ordine rerum agendarum constitutiones, *l. ult. D. de Decret. ab ord. fac.*

2. Sunt tamen, qui & ob ignorantiam Juris communis, quod Civile est, excusantur, etiam in delictis, ut feminæ a pœna incestus non jure Gentium prohibiti, *l. 38. §. 2. D. ad L. Jul. Adult.* quod hodie non habere locum, quatenus jure divino prohibitio continetur, usu vulgatum est. Excusantur a pœna Turpilliani SCti, propter accusationem temere motam & omissam, *l. 1. §. 10. vers. Atqui Pap. D. ad SC. Turpil.* Minoribus etiam annis 25. in quibusdam minoribus delictis, præsertim omissionis succurritur, ut si heres minor non sit persecutus necem defuncti, *l. 6. C. de His, quæ ut indign.* si mater annis 25. minor, tutorem liberis suis petere supersederit, *l. 1. C. Si advers. del.* Quod igitur *in l. 9. pr. h. t.* minores & feminæ non lædi dicuntur, *sicubi non est delictum*, de gravioribus commissis & facinoribus accipiendum, *l. 37. §. 1. de Minor.* Inter minores autem & feminas hoc interest, quod illis, ne in lucris quidem obstet ignorantia Juris, feminæ tantum in damnis excusentur, *l. 11. C. l. 8. D. h. t.* Militibus etiam Juris ignorantia remittitur in testamentis, *l. 1. & t. tit. D. & C. de Testam. mil.* in adeunda hereditate, *l. 9. §. 1. h. l. ult. in pr. C. de Jure delib.* adeoque etiam in causis lucrativis. Rusticis quoque juris ignorantia est innoxia, in modicis malefactis, ut albo corrupto, *l. 7. §. 4. de Jurisd.* pœna SCti Syllaniani, *l. 3. §. 22. d. SC. Syllan.* item in condendo testamento, *l. ult. C. de Testam.* in petenda hereditate, sive bonorum possessione, *l. 8. C. Qui admit. ad bon. poss.* adeoque etiam in lucro. Sed feminæ, inquam, ita sunt inter exceptas personas, ut vix aliter quam in civilibus delictis valere videatur exceptio. Nam in lucrativis causis non excusatur earum Juris ignorantia, & in damnis hæc nemini, nec maribus quidem præjudicat, *l. 7. & 8. h. t.*

3. In utrisque igitur, tam maribus quam feminis, eundem habet effectum ignorantia Juris; de qua est regula generalis; quod in compendiis quidem non prosit, veluti in Quarta de legatis detrahenda, si Legum Falcidiæ ignarus fuerit, *l. 9. §. 3. h. t.* in damnis autem non noceat, *d. l. 7. & 8.* Ait autem *d. lex 8. In damnis amittendæ rei suæ.* Hoc quidam ita accipiunt, ut tantum habeat locum, quando agitur de transferendo dominio, quod certe vocabulum *suæ* in stricto sensu, significat: Verum & sæpe latius pro omni eo, quod ad nos pertinet, accipitur, ut in definitione Justitiæ, *suum* cujusque, item in *l. 44. de Condict. indeb. & alibi.* Heic ita sumendum esse, jubet æquitas, quæ damnum alicui per ignorantiam infligi vetat, quo pertinet, quod probavimus ad *tit. Inst. de obl. ex quasi contr. part. I. pag. 345.* condictionem indebiti per Juris ignorantiam non amitti; quoniam ibi vere de damno vitando certatur, etsi dominium rei solutæ sit translatum, quod & verba *legis 8. h. t.* confirmant, dissentiente licet D. Wissenbachio *ad h. t. n. 41.*

4. Cæterum, si hanc regulam ad exempla redigas, videndum, ne non habeat difficultatem, quia sæpe & in damnis nocere, & in lucris excusare videtur ignorantia juris. Nam qui credit mulieri fidejubenti, & filiofam. mutuum accipienti, per ignorantiam SC. Vellejani & Macedoniani non juvatur, nisi minor sit, etsi illi casus ad damnum vitandum pertineant, *l. 9. in pr. h. t.* Rursus, Heres in legatis agit de lucro, & tamen juris ignorantia non vetat repetere cautionem legatorum, causa in testamento remissam, *l. 1. Ut in possess. legat.* Juris ignorantia non vetat lucrari fructus hereditatis possessæ, *l. 25. §. 6. de Hered. pet.* Ad hæc dicendum videtur, Restitutionem damni antea perfecte illati, ut in duobus illis prioribus exemplis, non esse casum damni vitandi: Qui credidit filiofam. aut ad intercessionem mulieris, amisit pecuniam male creditam. Hanc recuperare per juris ignorantiam, aliud est, quam non perdere, cujus adhuc jus salvum est. Quibus accedit, quod regula prædicta semper ita accipienda est, ut non præjudicet alterius juri per leges quæsito. Sic etiam executio Juris antea perfecte acquisiti, quamvis lucrosi, ut in sequentibus exemplis, non est casus lucri captandi sive quærendi, sed ejus amissio pro damno est habenda. Ut ita si hereditate acquisita, fructuum perceptio, per Juris ignorantiam impediatur, id magis pro damno, quam contrarium ejus pro lucro sit habendum; cum e contra, si quis in eo sit, ut hereditatem primum acquirat, huic juris inscitia noceat, *l. 1. in pr. h. t.*

5. Hactenus de Juris ignorantia. Altera species, quæ facti est, habet regulam, quod *facti ignorantia prosit*, hoc est *excuset*, *l. 2. & l. 8. h. t.* Ratio redditur in *d. l. 2.* quia cum jus sit finitum, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fal-

fallit. Plurimum tamen intereſt, facti proprii, an alieni ſit ignorantia, *l. 3. in pr. h. t.* hæc enim facilius, quam prior ſe probat, *l. 15. in fin. C. de Reſcind. Vend.* At in univerſum ita proditum eſt; ignorantiam facti excuſare, ſi modo non ſit craſſæ negligentiæ, aut nimiæ ſecuritatis, *l. 3. §. 1. & l. 6. h. t.* qualis utplurimum facti proprii ignoratio eſſe videtur, ut tamen ne heic quidem civilis abſit excuſatio, in factis antiquis, factorumque circumſtantiis, lubrico ſui, memoriam fallentibus, ut in *l. 44. de Acquir. poſſeſſ.* & id genus aliis. Pro hac quoque facti ignorantia militat præſumptio, ut adfirmanti quod alius ſciverit negotium, quod facti quidem eſt, incumbat probatio, *l. 21. & l. 27. de Probat.* Non diſtinguitur etiam in excuſatione hujus ignorantiæ, de lucro agatur, an de damno, *l. 8. h. l. 7. C. h. t.* adeoque tam in delictis, quam in contractibus habet locum, etiam in diviſionibus, *l. 4. C. h. t.* in condictionibus, *l. 7. & l. 10. C. eod.* in delatione & acquiſitione hereditatis, *l. 1. h. t.* denique & in Uſucapionibus, *l. 4. h. t.* eo ſenſu, quo Thomaſius explicat, *ad Poſit. 2.*

SCHOLIUM.

Prodeſt quidem ignorantia facti in uſucapionibus, l. 4. h. t. *ſcilicet uſu capienti, qui v. g. ut Gloſſa ſubjicit, ignoravit vendentem non eſſe dominum, non vero prodeſt ei, contra quem uſucapitur; quamvis de damno vitando certet.* Lult. C. de Præſcript. long. temp. vid. *Fachin.* lib. 1. controv. 66. *Brunnem.* ad §. ult. Inſtit. de Uſucap. *quæ exceptio nititur ratione utilitatis publicæ, cujus intereſt, ut dominia rerum non ſint incerta.*

LIB. XXIII.

TIT. I.

De Sponſalibus.

I. Continuatio. II. Genus ſponſaliorum, mentio & repromiſſio. III. Differentia futurarum nuptiarum: Primo reſpectu eorum, qui nuptias per ætatem, aut temporar. legis impedimentum, adhuc contrahere non poſſunt. IV. Quid ſi differantur Sponſalia in tempus poſt conjugis mortem viventis, contra Grotium. V. Quomodo ſponſalia de futuro, intelligantur reſpectu cæterorum, quibus in promptu eſt facultas nuptiarum. VI. Inter ſponſalia hæc ordinaria, & ritum ducendi uxorem, non fuiſſe alium de nuptiis intermedium conſenſum; quomodo igitur ſponſalia a contractu nuptiali diſtent. VII. Sponſalia ordinaria fuiſſe ipſum contractum nuptialem, ſeu de præſentibus, ſive dictis futuri temporis nuptiis initum. VIII. Hinc Jure Canonico Matrimonii contractum a puris ſponſalibus non diſcrepare. IX. An verba futuri temporis, hoc Jure nunquam ſignificare poſſint contractum nuptialem. X. Juri communi & moribus videri conſentaneum, ut poſſint. XI. Verba ſponſaliorum debere eſſe indubitata. XII. Probationem æque claram. XIII. Acceptationem accedere debere. XIV. Conſenſui adverſam eſſe vim, ubi de Invitis nuptiis. XV. Item errorem. XVI. An & Error accidentalis vitiet ſponſalia. Quid de ebrietatis & affectuum cauſa. XVII. De conditione ſponſalibus adjecta, & ejus a modo diſcrimen. XVIII. De forma celebrandi ſponſalia. XIX. De effectu ſponſaliorum. XX. Convenientia ſponſaliorum, quod ad effectus attinet, cum Nuptiis, in variis effectis. XXI. Diſcrepantiæ.

QVartam hanc Digeſtorum partem, quæ incipit a *Libro vigeſimo*, in duas *ibi* partes diduximus, quarum prior fuit de Acceſſionibus Contractuum, ut Pignoribus, Ædilitio Edicto, Evictionibus, Uſuris, Fructibus, Cauſis, & Mora; Denique de Probationibus, earumque ſpeciebus. Altera pars erat de Actionibus ex jure mere perſonali, proximoque naturæ Contractuum, quales matrimonium & Tutela ſunt, oriundis: nec male poſt locum de Contractibus abſolutum immediate. In his primum locum occupat *Matrimonium*, de cujus præparatione, perfectione, ſequelis, finiendique modis ordine tractatur. Præparatio conſiſtit in ſponſalibus; Perfectio in requiſitis matrimonii explicandis; Impletio in ritibus, & concubitu; Sequelæ in dote, donationibus conjugum, & ſimilibus. Quoniam vero de *Nuptiis*, ad Inſtitutiones plena manu fuit actum, heic ſubtiliore utendum erit calamo, in ſpicilegio potius, quam meſſe adminiſtranda. De Sponſalibus non egit Juſtinianus in *Manuali ſuo.* Id-

Ideoque licet a nobis aliquid de iis sit delibatum, ad *tit. de Nupt. n. 5.* res tamen jubet, heic eundem prosequi locum velut intactum.

2. Collocanda igitur definitio Sponsaliorum, etsi nota, nec indicta. Florentinus: *Sponsalia sunt mentio & repromissio nuptiarum futurarum, l. 1. h. t.* Mentio non tantum est commemoratio, sed & tractatus, & stipulatio, quam sequitur repromissio sponsæ, vel ejus, qui sponsam in potestate habet. Nam moris fuit Veteribus, *stipulari & spondere sibi uxores futuras, l. 2. h.* A. Gellius, *Qui uxorem,* inquit, *ducturus erat, stipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: Qui daturus erat, itidem spondebat daturum; Is contractus Sponsionum stipulationumque, dicebatur Sponsalia; tum quæ promissa erat, Sponsa appellabatur: qui spoponderat ducturum, sponsus. lib. 4. noct. Att. c. 4.* Sed deinde receptum est, ut sine verborum solennitate, simplici consensu Sponsalia perficiantur, *l. 4. l. 7. & l. 11. h. t.* tam eorum, qui conjunguntur, *l. 6. l. 11. & l. 13. h.* quam quorum in potestate sunt, *l. 7. l. 11.* cum *ll. seqq.* Proinde sicut liberi sine Patrum, qui habent eos in potestate, jussu, Sponsalia contrahere non possunt, *d. l. 7. §. 1.* ita nec filiosfam. dissentiente, Sponsalia ipsius nomine fieri possunt, *d. l. 13.* Filiæ aliquanto arctius haberi videntur, cum hisce dissentiendi facultas non detur, nisi indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat, *l. 12. §. 1. h.* major enim hac in parte verecundia sexum decet, quo pertinet eximium illud Hermionis ex *Andromache* vers. 987.

> Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
> Μέριμναν ἕξει, κ' ὐκ ἐμὸν κρίνειν τάδε.
> *Sponsaliorum cura nostrorum Patri*
> *Erit meo, nec est res judicii mei.*

Videtur tamen hoc civiliter accipiendum, si filia non abhorreat: absolute enim cogi illam, etsi forte nec indignus, neque turpis in aliorum oculis sit sponsus, ratio non patitur, *l. 134. in pr. de C. & D.* Fit aliquando, ut Patres liberos suos testamento nuptiis alicujus destinent, ut in *l. 66. de Rit. nupt. l. 101. in pr. de V. O.* Verum hæc sponsalia non esse, ubi conventio nulla, palam est, nec liberis eandem infert necessitatem quam vivi patris auctoritas; nam filia, non obstante illa destinatione, libere cui velit, nubere posse videtur, etsi pœna, si patris voluntati non pareat, testamento sit imposita, per *l. 28. in pr. & l. 72. §. 4. de C. & D. l. 134. pr. de V. O.*

3. Sic fuit genus Sponsaliorum. Differentia plus habet difficultatis in recessu, quam in fronte præfert. Nam verba *futurarum Nuptiarum*, nihil aliud indicant, quam sponsalia præcedere, nuptias sequi, ut res ipsa loquitur. Primo id evidentissimum est in sponsalibus contractis ab his, qui nondum per *ætatem* nuptias inire possunt; Nam qui septennio majores sunt, recte contrahunt sponsalia, *l. 14. h. t.* idque manent, etsi nuptiæ fuerint *collatæ*, *l. 9. h. t.* de cujus vocabuli sensu disputat Budæus ad *d. l. 9.* qui *collatas*, reddit *dilatas*. Cujacius *11. obs. 15.* τὸ *collatæ* legit, at intelligit *collocatæ*. Connanus 8. *comment. c. 2.* vult, collatas dici nuptias, quia sponsa se *contulit* in domum sponsi. Mornacius ad *d. l. 9.* collatas vocat nuptias, in idem tempus, quo sponsalia, *collatas*. Accursius *collatas* accipit *contractas*. Potius ita; conjunctione sponsi atque sponsæ *conjunctas* qualicunque, licet irrito successu; Ideoque nihil amplius sunt quam sponsalia, si hæc intervenerint. Si non, *collatæ* nuptiæ inter impuberes ipso jure *nihil* sunt, *d. l. 9.* Similis evidentia *futurarum nuptiarum*, se prodit in iis, qui per alia Legum impedimenta matrimonium contrahere prohibentur, qualis est Præses Provinciæ respectu mulieris Provincialis, quæ cum uxor ei esse nequeat, sponsa fieri potest, *l. 38. h. t.* Viduam cis annum luctus nubere cum nefas sit, desponsari non prohibet *l. 10. §. 1. de his, qui infam. not.*

4. Ad eandem observationem refert hanc speciem Grotius, *Si quis nunc habeat conjugem, futuri matrimonii promissum ineat cum alia, lib. 2. de J. B. & P. cap. 11. n. 8. in fin.* ubi: Id jure naturali licitum, e Lege civili utilitatis causa irritum fieri, docet. Si mera facultas naturalis & simplex jus, sine comparatione τῶ *hic & tunc* consideretur, nescio an forte ferri queat illa sententia; Sed ego probo, jus naturæ non esse *nullo extrinsecus adsumpto æstimandum, sed etiam respectu aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet*, ut Tryphoninus docet in *l. 3. §. 1. Depos.* Denique, ejusmodi sponsalia quomodo cum individua animorum conjunctione, qua conjuges unum fiunt, consistere possent? Sed Grotius ad conjugii naturam, jure naturæ & vetere divino nihilo plus exigit, *quam ut femina sit quasi sub oculis & custodia maris, d. lib. 2. c. 5. n. 8. in fin. & pr. 9.* cum quo forte non puguent id genus sponsalia: Sed apage illam definitionem, & sponsalia, quæ manifestum mortis adversus præsentem conjugem de-

siderium præferunt & plerumque in adulteria desinunt! ut in exemplo, quod Grammondus *Histor. Galli. lib. 2.* refert, Paulini & Panatiæ, Reinesio nuptæ; quæ vivo illo, hujusmodi chirographo sponsalia futuri temporis, implemento præsenti obsignaverat. *Nos Rapistagnus vicecomes Paulini & Castelpersia de Panato, fidem mutuo adstringimus, matrimonio palam contrahendo, ubi primum occasio dabitur: Et quo plenior sit fides, quo item obligatio firmior, consummationem intercedere placet, ex pacto.* Subscriptum. *Castelpersia. Rapistagnus. 1. Januar. 1616.* Censeo, Regis Galliæ non modo civili, sed etiam Juri Naturæ consentaneum fuisse decretum; quo id utrique Juri contrarium, & cædem Sponsorum in flagranti delicto a marito commissam, venia dignam videri, constituit. Longe aliam esse rationem Sponsaliorum ante annum luctus, vel durante Provinciæ Præfectura contractorum, res ipsa loquitur, & *diximus*.

5. Sed Sponsalia quemadmodum de futuro sunt, non modo ab his, quibus nuptias contrahere non licet, verum etiam ab iis, quibus est in promptu illas actu inire, contrahuntur, ut ex ordinario spondendi more, quem ex Gellio & *l. 2. h. t.* demonstravimus, liquet. Plane, si pactum de nuptiis ineatur ab iis, quibus needum est animus implere conjugium, ut vulgo fit, in diem & exitum rei futuræ ac incertæ: *Ducam te, cum Pater obierit; eum ex India reversus ero, & quæ similia*, non minus est evidens futuri, a præsenti contractu matrimonii differentia. Verum undique etiam apparet, conventionem de Nuptiis præsentaneam & illico implendam, *sponsalia* a Romanis appellatam fuisse. Juvenalis *Sat. 6.*

Conventum tamen & pactum & sponsalia nostra
Tempestate paras.

Mox:

Et digito pignus fortasse dedisti,
Uxorem postume ducis?

Omnia continuo: Sponsalia, pignus, uxorem ducere; pluribus idem illustravimus *in lib. 2. Digress. cap. 8.* nihilque certius, quam tractatum de Matrimonio, pactumque de conditionibus matrimonii mox implendi, *sponsalia* vocari, ut & indicat *lex ult. h.* Tamen etsi & talia sæpe justis & necessariis de causis ad annum, biennium & quadriennium protrahantur, ob valetudinem, mortes, crimina, longioresque peregrinationes, *l. pen. h.* Sine justa vero causa, post biennium alteri parti, per quam non stat, ad alia vota transire licet, ut cautum est in *l. 2. C. de Nupt.* quod inde ab Augusti temporibus repetitum videtur, qui tempus Sponsaliorum coarctavit, teste Suetonio *in vita ejus cap. 34.* quod explicat Dion. *προσέταξε μηδεμίαν ἐγγύην ἰσχύειν μεθ' ἣν οὐδὲ δυοῖν ἐτοῖν διελθόντων γαμήσει τις.* *Præcepit* Augustus, *ne ulla valeant sponsalia, nisi intra biennium postea duceretur uxor, lib. 54.* Quando igitur Sponsalia contrahuntur ab his, quibus nondum est animus inire matrimonium, inquam, distinctio futuri temporis a nuptiis satis adhuc est conspicua.

6. Verum quia mos ordinarius Sponsaliorum eo modo & hac mente celebrari solitus est, ut cum primum esset commodum, Nuptiæ sequerentur, sæpe eadem die, sicut in Comœdiis Terentii Plautique passim videmus: satis est manifestum, inter sponsalia sive sponsiones uxorum ordinarias, atque ducendi uxores solennitatem, nullam fuisse intermediam & distinctam de Nuptiis consensionem. Proinde nihil quam hæ duæ res, circa institutum nuptiale vel concipi, vel constitui potest; Sponsalia, Nuptiæ, quæ sunt ipsa uxoris ductio, sive actus vel ritus ducendi uxorem. Unde patet, quo sensu Sponsalia dicantur esse mentio & repromissio *futurarum nuptiarum;* id est ducendi uxorem, qui ritus & actus solennis erat, quo modo Nuptias proprie sumi, docet Justinianus in *l. 24. C. de Nupt.* Futuræ, inquam, nuptiæ, post sponsalia nihil aliud esse possunt, quam uxoris ductio, sive ritus ducendi, quia nihil intervenit aliud. Quemadmodum & immediate, post Sponsalia sequitur *titulus* de Ritu nuptiarum. Hinc jam oritur non levis, ut mihi quidem videtur, aliis transmissa difficultas, quorsum evadant Nuptiæ, quæ solo consensu perficiuntur, tot claris textibus proditæ, quales sunt *l. 30. de R. J. l. 13. de C. & D. l. 4. de Fid. instrum. & l. pen. fin. pr. de Donat. int. Vir. & ux.* Sic enim verissime statuitur, neque concubitum neque deductionis ritum, ad nuptiarum, quæ consensu fiunt, perfectionem necessario requiri, ut a nobis ad *tit. I. de Nupt. in pr.* & latissime *part. 2. Digress. lib. 1. cap. 11. & seqq.* probatum est. Quod si igitur Nuptiæ a Sponsalibus differant, ut omnino dicendum est, legesque adfirmant, signate *lex 11. h. t.* rogo, an consensus in nuptias fuerit distinctus a Sponsalibus, & a ritu ducendi uxorem. Ejusmodi actus distincti nusquam, ut opinor, ve-

vestigia apparent, nihil præter Sponsalia ritumque ducendi, quem concubitus sequitur, proditum vidimus. Aut igitur Sponsalia sunt idem cum Matrimonio sive Nuptiis, aut hæ sunt idem cum ritu ducendi in uxorem. Utrumvis eligas, incommodum est & juri contrarium, ut antea diximus: Intermedii autem consensus celebrati nulla mentio, λόγος ὐδεὶς, quod utique constet.

7. Putavi & scripsi antehac, Sponsalia non esse proprie, nisi inter personas nuptiarum per ætatem aut ratione Juris incapaces, vel qui longo tempore adhuc nuptias perficere non cogitabant; Quæ autem vulgo fierent Sponsiones matrimonii quam primum impiendi, pro nuptiis, quatenus consensu fierent, esse habendas, idque probare videntur omnia loca, quibus post Sponsalia, in continenti ductas vidimus uxores. Sunt, inquam, ejusmodi Sponsalia contractus Nuptiarum. Verum tamen quia Nuptiæ frequenter, pro ritu ducendi uxorem, vel actuali conjunctione sumuntur, *l. 15. de C. & D. l. 24. C. h. t. & l. 1. h. t.* moris fuit, ut hoc respectu conventio illa de Nuptiis, Sponsalia vocata, de futuris nuptiis fieri diceretur, ut *d. lib. 2. cap. 8. & 9. Digress.* pluribus demonstratum est. Nec dubium, quin illa Conventio quemadmodum hodie, sic etiam olim, verbis aliquando præsentis temporis expressa fuerit. Nam quibus animus erat sine longa mora procedere ad ipsum Conjunctionis actum, sive illi dicerent, *promitto me in uxorem te ducturum, acceпturum,* sive *Accipio, habeo te in uxorem*, fidem suam in nuptias sive matrimonium præsens obligabant; & quod ad vinculum obligationis attinet, eodem matrimonii contractu se obstringere videbantur: Etsi veteres, quod constet in hac conventione plerumque verbis futuri temporis uti sint soliti, habito respectu ad actum conjunctionis, sine quo nihil egisse videbantur. Quemadmodum autem hæc verba, Promittis? Promitto. Dabis? Dabo. *Facies? faciam*, præsentem & peremptoriam obligandi vim continent, *§. 1. Inst. de V. O.* sic etiam hujusmodi, *Ducam te, Nubam tibi, Dabo tibi uxorem, accipiam in uxorem*, ab his, qui nullum tempus adjiciunt, statim obligabant, neque plus moræ, quam ferret apparatus nuptiarum, sine justis caussis accipiebant, *§. 2. d. tit. Inst.* ubi: *confestim peti potest. l. 17. h. t.*

8. Cum his conferenda breviter, quæ Jure Canonico hac de re prodita sunt. Notum est hoc Jure, quod in matrimonialibus maxime servatur, distingui Sponsalia, quod sint temporis futuri vel præsentis. Futuri, quando contrahentes utuntur verbis futuri temporis, *Ego te recipiam in meam, & ego te in meum*, sive similia. Præsentis, quando sic ajunt, *ego te in meam accipio, & ego te accipio in meum*, vel alia verba consensum exprimentia de præsenti, *Cap. pen. X. de Sponsal. & Matrim.* Ab hac Sponsaliorum utraque specie, differt matrimonium, *d. Rubr. & t. tit.* Diversitas nominum arguit diversitatem rerum. Ergo cum formula de præsenti purum in Nuptias consensum exprimat, non videtur ex hypothesi Juris Pontificii, Matrimonium simplici partium, licet puro consensu, perfici; verum aliud quod ad conjugii perfectionem requiri, copulam scilicet carnalem, & benedictionem sacerdotalem. Ideo nec paucis ita visum est, Jure Canonum solo consensu Matrimonium minime esse perfectum, sed concubitum atque Ιερολογίαν ecclesiasticam accedere oportere, *ex c. Aliter caus. 30. qu. 5. Cap. 13. X. de Præsumpt.* Idque Tuldenus *ad tit. C. de Nupt. n. 5.* multo fortius tradit ex decretis Concilii Tridentini *sess. 24. Cap. 1.* quod necessario vult adhiberi parochum viri aut feminæ, aliumve Sacerdotem ab illo, vel ab Episcopo mandatum habentem, præsentibus insuper duobus testibus. Expeditum igitur erat hos quasi gradus constituere, Sponsalia de futuro, *Ducam*; de præsenti, *Duco*; Matrimonium, *Copulor*. Sed quid facimus aliis textibus, qui de Nuptiis ita prorsus, ut leges Civiles, loquuntur? *Matrimonium non facit coitus, sed voluntas, c. 1. caus. 27. qu. 2.* Alibi, *Matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri & mulieris consensum. C. tua fraternitati. 25. X. de Sponsal.* Coitus post nuptias supervenire dicitur, *d. caus. 27. q. 2. c. 35. & seq.* An his adversantur textus antea monstrati, & derogatum est Tridenti? Non puto; De textibus citatis primo. In Cap. *aliter.* paranymphi quoque dicuntur adhibendi. In Cap. *qualis. ibidem* dos requiritur. In Cap. *Sponsus.* ut prima nocte flos virgineus Sponsæ relinquatur, & id genus alia. Non ubicunque igitur ad matrimonium aliquid requiri dicitur, hoc statim ad perfectionem ejus est necessarium. De Tridentinis verum est, illos Ecclesiasticam celebrationem ad necessitatem matrimonii adhibuisse, non ad substantiam ejus addidisse; Matrimonium in se perfectum est consensu; verum si consensus ille non celebretur in

Ecclesia, nullitatis pœnam adjecerunt. Ipsum interim matrimonium voluntate partium solo contrahi, post Concilium etiam Tridentinum docet Pius V. Pontifex in 7. *Decretal. lib. 4. tit. 1.* ubi sic ait: *Matrimonia per verba de præsenti contracta, non tamen consummata, interdum Sponsalia appellari.* Et mox; *Sponsaliorum appellatione non nisi improprie, matrimonium verbis de præsenti conceptis contineri.* Ex quibus clare patet; consensum purum de Nuptiis per verba præsentis temporis expressum, hodieque secundum doctrinam Juris Canonici esse Matrimonium, sponsaliaque appellari respectu implementi, in quo contrahentes summam rei votique sui concipiunt & constituunt.

9. Hactenus igitur Juri Canonico & Civili bene convenit. Videndum in hoc ne discrepent; Jure priori promissio vel pactio conjugii, serio facta cum hoc animo, ut quantocius ad Rem procedant, seu dicant, *Accipimus* sive *accipiemus nos invicem in uxorem, maritum*, quoad vinculum obligationis, ipsum efficit matrimonium ipsasque nuptias, ut *supra* demonstravimus. Canones aliter definiunt. Qui dixit, *Accipio:* non tenetur, si postea rursus ad aliam dixerit, *Accipio. d. Cap. pen. X. de Sponsal.* Sed comparemus cum hoc textu alios; *Si quis Juraverit mulieri legitimam se se eam uxorem* HABITURUM, *sit illa legitima uxor.* habetur in *c. si qui. 9. Q. 5. caus. 30.* Formula contracti conjugii. *Andreas; quod eam ab eo tempore pro conjuge teneret.* Ipsa Andreæ; *Se illum pro marito* HABITURAM. Hi sunt Vir & uxor, *c. ex Parte 9. X. de Sponsal.* præsentis & præteriti temporis verba ibi promiscue sumpta faciunt matrimonium; ut parum absit, quin ita intelligamus; sensum potius & id quod agitur, quam tempora verborum inspici oportere.

Quoties igitur contrahentes jungunt fidem in conjugale fœdus, & invicem promittunt, nunquam mutaturos fidem, neque alterum ab altero desertum iri, nulla causa est, non utique in flexione verborum, quare id pro vero matrimonio non sit habendum. Quid igitur *ad d. Cap. penult.?* Difficile dictu est, tantum in nuda terminatione verbi, *accipio* & *accipiam*, versari discrimen; Sed videndum, quid agatur. Si quis leviter, nec id serio, ut conjugale fœdus ineat, agens, dicat, *Accipiam te in uxorem*, vel ita, *si permittas, me rem tecum habere*, non est hic consensus, sed pactio futuri, merito a matrimonio differens, *cap. 1. X. de Sponsa duorum.* At qui πραγματικῶς, data opera solenniter spondet, se Cajam in uxorem accepturum, pro tali habiturum, nunquam deserturum, *corde & ore consentiens* dicere *d. cap. 1.* hoc videtur esse fœdus conjugale, vinculum matrimonii firmiter adstringens, per *dd. textus.*

10. Sed quicquid hac de re Canonici statuant, Juri Communi & moribus, ni fallor, nostris, id quod diximus consentaneum est; Effectum Sponsaliorum, quæ serio inita, nec ab ullius rei exitu suspenduntur, etsi verba futurum in modum concipiantur, non esse minorem, quam si præsentaneis verbis concepta fuerint. Atque ita facile concedimus, quod Wissenbachius *ad h. t. in pr.* non tam e textibus Juris, quam Auctoribus & ipsa re suffragante, ponit; *in dubio sponsalia censeri esse de præsenti*, quia sive futuris, sive præsentibus sint usi verbis, obligatio inde præsens & peremptoria est ad implementum: possunt tamen ejusmodi esse facti circumstantiæ, & personarum status, ut præsumendum sit, non fuisse animum immediate inire nuptias, sed in tempus longum incertumque differendi; cujusmodi sponsalia, respondimus nuper, in dubio visa fuisse, quibus adolescens XVIII. annorum, Linguæ apud Scholam trivialem agens, promiserat nuptias cuidam puellæ, quibus ideo dissolvendis facilitas major adhiberi potest, ut *inferius* videndum. Etsi autem quæ in longius incertum tempus differuntur sponsalia, *de futuro* cum reali discrimine a Contractu Nuptiarum intelligamus, si tamen longius quidem sit tempus at certum, & promissio nuptiarum efficax & enixa; non est dubitandum, quin hic sit consensus nuptialis, & matrimonium in vinculo suo perfectum adeoque sponsalia de præsenti quoad fidem obligationis, etsi futurum verbi tempus, præsenti anteverterit. Quippe per quam promissionem duo fient unum, eam ejusmodi esse oportet, ut nullam consensionem novam desideret, qualis hæc posterior, non etiam illa prior esse videtur: Sed ordinariæ desponsationes habent ejusmodi conjunctionem, quam non sequitur alia verborum nuptialis conventio: Sed est ipsa conjunctio, *gaergifte*, ut vulgo sponsalia vocant nostrates. Nec unquam mihi vel populari existimatione, vel in peristyliis fori, aut in judicum Consessibus, datum est animadvertere, discrimen aliquod reale poni in Promissione, qua dictum erat, *Accipio te in uxorem.* vel pure & simpliciter, *Accipiam te in uxorem:* quod nec ratio, ut

ut antea dixi, nec conventionis natura discrimen agnoscit.

11. Cum autem nihil in rebus humanis sit majoris in omnem vitam momenti, ratio vult, sponsalia non intelligi, nisi verbis indubitatis expressa & acceptata. Vaga & generalia verba, in re tanti momenti non sufficiunt, etsi alter dolo in illis proferendis sit usus: Quin eo longius à matrimonio res abest, quo magis dolosa verborum ambiguitas voluntatem absuisse demonstrat, ut docet Pontifex in *cap. 26. in fin. X. h. t.* Exemplum in Curia Suprema: Erat, qui ad puellam a se impletam scripserat, *se etiam atque etiam ei fidelem*, hou en getrou, *futurum, se nunquam eam deserturum.* Conventus inde quasi ex Sponsalibus, cum ea verba se de ope, auxilio, alimentisque accepisse testaretur, absolutus est. *ante ferias Natal. 1680.* Antehac tamen aliquoties judicatum intelleximus, ejusmodi verba paulo ante, vel juxta concubitum prolata, matrimonii fidem inferre videri: Nec tamen non verius videtur, si Vir declaret, ea verba se non de nuptiis, verum ut *superius*, intellexisse, non inferri matrimonium e dictis matrimonii mentione carentibus. Si quis dicat, fraudem suam, qua mulieri verbis ambiguis imposuit, contra ipsum interpretandam; respondetur, hujus fraudis aliam posse atque debere dari pœnam, dolum non esse matrimonio mulctandum. Atque ita in ejusmodi casu visum Curiæ; Cum puella quædam adfirmaret, juvenem sibi fidem matrimonii dedisse, pauloque ante, vel juxta concubitum sibi promisisse, *non fore ut unquam eam desereret*, absoluto reo sub juramento purgationis, disceptatum est, an juraturus esset tantum, se non dedisse fidem matrimonii, an vero etiam, quod non dixisset, *se nunquam eam esse deserturum.* Placuit prius, & posterius tanquam non peremptorium, insuper habitum est, *d. 20. Decemb. 1679.*

12. Probatio debet etiam esse clara & indubitata, sicut in aliis rebus, ita inprimis in tanti re præjudicii. Nec facile juramentum actrici ad supplementum probandi, plerumque reo ad purgandum se a suspicionibus offertur, velut, si mulier annulos, nummos solidos, aliaque viri quæ fuerant, tanquam Arrhæ loco sibi donata ostendat, accedente licet probatione conversationis suspectæ, ut sæpissime judicatum est, nec adeo exemplis opus sit, cujusmodi unum refert Nauta inter *Titiam Beima & Johannem a Kingma, d. 27. Octobr. 1638.* Quod non tam ejus exempli causa, sunt enim quotidiana, quam ideo posuimus, quod idem Nauta quasi ex sententia Senatus ibi differit, juramento suppletorio non fore locum, etsi ad illas præsumptiones unus accederet testis, qua de re dictum est aliquid *ad tit. de Jurejur. p. 878. sq.* ubi Carpzovii in utramque partem auctoritas: De uno scilicet teste simpliciter: Si tamen is omni exceptione major esset, aliæque præsumptiones accederent, non negem fieri posse, ut, ubi juramentum suppletionis usu receptum est, judex id actori vel actrici merito deferendum putaret.

13. *Porro* ut obligent Sponsalia, oportet acceptata sint, quia sunt *mentio & repromissio, l. 1. h.* ita tamen, ut stipulatio sive præcedens interrogatio, duret ac vim habeat acceptationis, *§. 1. & tot. t. I. de V. O.* nec ab eo tempore conventionis perfectæ datur retractatio, sed necessitate uterque obstringitur, *pr. I. de Obl.* Quare si vir rogaverit, mulier adstipulata sit, non datur inde regressus; multo minus, si vir in signum interrogationis dederit arrham: qua de re judicatum extat apud Nautam hujusmodi; Quidam *Egbertus Jepei*, dederat arrham Sponsalitiam filiæ cujusdam *Cornelii Wobbesii*, sub lege deliberandi, pro se & parente suo. Post arrham traditam *Egbertus* statim pœnitentia ductus fuerat. Sed puella cum Patre conditionem acceptaverant, nuptiasque adimpleri petebant. Ille tergiversari, nolle adstipulari, contendere, se nec teneri sine novo adsensu. Condemnatus est tamen *d. 15. Julii 1636.* Nauta videtur in ea sententia esse; Virum arrha data pro sua parte omnino teneri, nec posse retractare, priusquam mulier arrham & sponsalia acceptet, aut renuens reddat. Sed verius est, tam jure civili quam naturali, neminem habere jus ex promissione, nisi post acceptationem, sive reciprocum consensum, nec arrham datam aliud addere quam certitudinem obligationis, cujus est accessio, non obligationis perfectio. Quare si *Egbertus* ante puellæ & Patris acceptationem revocasset suum dictum interrogationis & renunciasset sponsalibus, puto, condemnari non potuisset; Si & renunciasset, inquam: Nam revocatio non certificata nihil operatur; sicut illius probatio, quod coram aliis pœnitentiam testatus esset, ut Nauta refert, merito non profuit, eodemque modo non sufficit, acceptationem a muliere, Viro ignorante, esse factam: Consensus ab utraque parte non aliter quam in conscientiam coalescit, Grotius *de J. B. & P. lib.* 2.

2. *cap. 11. n. 14. & 15.* Quod autem *sectione* sequenti Grotius addit, promissum ante acceptionem revocari posse, non modo sine injustitia, sed etiam sine inconstantiæ nota, pendet a singularibus facti, & a causa mutationis impulsiva; sæpe enim in aliam crisin incidunt ejusmodi specimina.

14. Consensus etiam respuit INVITUM. Quod duplex Philosophi tradunt, per vim & per ignorantiam. Per vim invitum est, ὗ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium est extra agentem, ut nihil is, qui agit aut patitur, adjumenti adferat*, velut si alius te arrepta manu mea pulset, ego invitus ago. Sed quæ majoris mali metu fiunt, mixta dicuntur, ut tamen propius ad voluntaria accedant, μᾶλλον ἐοίκασι ταῖς ἑκουσίαις, ait Aristot. 3. *ad Nicom. c. 1.* Priori modo fieri non potest, ut sponsalia ab invito contrahantur; posteriori, ut metu mortis initæ, naturaliter valent, quia consensus hic μετὰ προαιρέσεως, cum deliberatione & electione adest, ut Philos. docet: sed vicissim ille, qui metum injustum intulit, cum damnum injuria dederit, eum, qui obligatus est, si promisso stare nolit, liberare tenetur, Grot. *l. 2. cap. 11. n. 7.* Secundum hæc Jure civili, etiam is, qui per metum contraxit, obligatur & convenitur; sed petentem exceptione repellit, quæ non modo metus auctori, sed cuivis alii obstat, quia expedit, ea, quæ per vim contrahuntur, prorsus irrita esse, *tot. tit. D. Quod met. c.* Sed extra contractus, quæ vi illicita fiunt, ut omnia quæ eum legibus pugnant, sunt ipso jure nulla, *l. 5. C. de LL.* Proinde cum Sponsalia & nuptiæ contractuum jure non censeantur, ut *ad tit. I. de Nupt. a pr.* demonstratum est, nec ita Prætoris Edictum ad eas spectet, sequitur, vim & metum eas civiliter nullas reddere, scilicet vim metumque injustum accipe, non quem paterna reverentia liberorum verecundiæ impressit, *l. 22. de rit. nupt.* Sunt, inquam, nullæ; & Jure Canonico, *c. significat exter. c. 14. & 25. de Spons.* & Civili, *l. 14. C. de Nuptiis, & d. l. 12.* ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur.* Quin & dotis promissio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur rescindi, ut cætera, sed ipso jure nulla esse, *l. 21. §. 3. Quod met. c.* Dix. *ad tit. Quod met. c. n. 13. pag. 676. Part. prac.*

15. Alteram inviti speciem, constituit Error & ignorantia τῶν καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia singularium, in quibus & circa quæ negotium vertitur*, ait Arist. *eod. cap.* Cum quæritur, an error nuptias reddat nullas, distinguendum haud dubie inter ea, quæ necessaria sunt, & quæ abesse possunt. Ad necessitatem pertinet consensus circa ipsos contrahentes, tam personas eorum, quam essentiales conjugii qualitates. Qui aliam pro alia ducit, procul dubio nihil agit, nec tenetur, *arg. l. 35. de A. R. D. l. 15. de Jurisd.* licet Jacobus Patriarcha imponi sibi passus sit, *Genes. 29.* Idem est, si per ætatem immaturam, aut vitium corporis perpetuum, faciendæ proli alter ineptus, aut conditionis servilis, aut prohibitio gradu sanguinis reperiatur. Quæ cum ipsam facultatem conjugii tollant, consensumquoque mutuum sine dubio extinguunt.

16. Sed error accidentalis in rebus, quæ essentiam matrimonii non spectant, non est obligationi Sponsaliorum impedimento. Ut si quæ deformis est, pulchram putaveris, si inopem, si lascivam, vel imperiosam, pro divite aut modesta experiare. Quid si pro virgine corruptam? Essentialis non est error, nec matrimonium facit nullum, * nisi repudii causam præbeat. *Deuteron. 22. v. 21. Nov. Le. 39.* de quo *inferius.* Quid si falsa opum, formæ, aut morum opinio, per dolum alterius causam nuptiis dederit, quæ alioqui contractæ non fuissent, an tunc saltem vitiantur, uti contractus bonæ fidei, quibus dolus causam dedit, sunt nulli, *l. 7. de dol.?* Sic multis videtur, nec absurde. Nam promissio fundata in præsumptione facti, quod ita non habet, naturaliter est nulla; Est enim hic consensus quasi conditionalis, qui deficiente conditione, non est consensus, ut docet Grotius *l. 2. c. 11. n. 6.* Si quis igitur dolo & fraude mala persuasus, (secus si temere crediderit,) bene natam, moratam, dotatam esse, in qua contra sunt omnia, & in nassam sit tractus, cum nec res nec animus ferret, ducere talem, is teneri non videtur, per ea quæ Grotius tradit *d. num. 6.* Quid de nuptiis, quas non δι' ἄγνοιαν, *per inscientiam*, sed ἀγνοοῦντες, *ignorantes* contrahimus, ut per ebrietatem, vel amoris insaniam? Sane si quis tam sit ebrius, ut ea,

* Facit tamen nullum in Saxonia, si vitio cognito non accesserit ratihabitio, v. gr. per concubitum, ut etiam præjudicio firmat Ill. Mencken. *in Theor. & Prax. Pandect. tit. de Ritu Nupt. §. 30.* Conf. quæ habet Beyerus in *Volkm. Emend. P. III. c. 36. n. 3. 4. 5.*

ἐν

ἐν οἷς ἡ πρᾶξις, *in quibus actio versatur*, & de nuptiis se loqui; ignoret, is non magis quam qui furit, tenebitur, & actio est invita, modo pœniteat. De amore secus est, τὰ γὰρ ἀκούσια λυπηρά, *invita sunt tristia*, τὰ δὲ καθ' ἐπιθυμίαν ἡδέα, *quæ per cupiditatem, suavia*. Ast quod nuptias amor conglutinet, adeoque principium actionis hujus maxime a cupiditate fit, Ἄτοπον δὴ τὸ τιθέναι ἀκούσια ταῦτα, *Absurdum igitur, hoc invitum statuere*, est doctrina Arist. *3. ad Nicom. c. 1. sub fin.*

17. Plane, si per modum conditionis expressæ adjecta sint talia, quæ ad essentiam matrimonii nullo modo pertineant, hujusmodi tamen deficiente conditione, non est dubium, quin obligatio deficiat, *c. de illis. 3. c. super eo. 5. X. de Condition. appos.* quia generaliter verum est, promissiones sub conditione quacunque factas, spem facere duntaxat, si conditio existat obligationis, *sub conditione. §. 4. l. de Verb. obl.* Sed heic bene distinguatur oportet, inter conditionem, a qua suspenditur obligatio, & modum, quo usus negotii, de quo contrahimus, limitatur, & per quem aliquid ipsi rei superadditur. Huc pertinet facti species apud Curiam olim decisa, teste Nauta *Decis. Mß. 42.* Contraxerat aliquis sponsalia cum puella, cui vitium a famulo suæ domus illatum fuerat. Consenserat illa, sub hac lege, ne unquam sibi vir illud transversarium *exprobraret*; quod is in se receperat. Sed non steterat dictis: Objecerat dedecus illud, etiam acerbius quam res erat, *meretricem* appellando durante adhuc festivitate Sponsaliorum. Hanc ob causam sponsa negabat adimplere matrimonium; Sed aliter visum est Curiæ. Nauta rationem reddit, *quia conditio illa non spectabat ad essentiam matrimonii.* Sed minus recte opinor; Quia tametsi quis sponsalia contraxerit, *si pura virgo, si nobilis, si decem millia in bonis habeat*, non tenebitur ad implendum, si res aliter se habeat, conjugium; Quia non consensit aliter quam sub illa conditione, nec absque Consensu contrahitur matrimonium. Verius igitur est, Sponsam in illa specie non potuisse recedere a Sponsalibus, quia non erat illa conditio suspensiva, sed erat *modus, promissio*, cujus neglecti alius, quam nota perfidiæ, & imploratio aliqua Judicis officii, effectus esse non poterat, de quibus est parœmia vulgi, hujus sent. *Quando sponsa est in nassa, pereunt promissa.* Porro & hoc tamen interesse videtur inter veras conditiones, Matrimonio & aliis contractibus adjectas; quod illud non recipit conditiones resolutivas, extra causas, quibus leges id resolvi permittunt. Satis enim constat, id contrahi quidem hominum voluntate, sed non resolvi, nisi legibus a Christo Domino latis. In emptione venditione, *si pretium non solvatur*, *si melior conditio adferatur*, res inempta fieri potest. Nupta sub lege commissaria, vel addictione in diem, non potest innupta fieri.

18. Hæc igitur est forma Sponsaliorum interna, *Consensus*, eo modo quo diximus, expressus. De forma & ritu externo Sponsaliorum, non datur locus heic agendi; pertinet ad Historiam Romanam, & videndi, qui ex professo de illis egerunt, Brissonius, Hotomanni, aliique antiquitatum commentatores. Nonnulla & a nobis observata sunt *in part. 2. Digress. l. 1. cap. 12.* Jure novo summa simplicitas hac parte viget; præter consensum nihil solenne, nihil adscititium, * ne præsentia quidem partium, *l. 4. h.* Arrhæ solent quidem in Sponsalibus adhiberi, sicut olim ex juvenali *supra*; Ast *digito pignus fortasse dedisti.* & vulgo inter eos Arrha major aut minor, pro viribus Sponsi datur, quæ apud nuptam relicta pro Sponsalitia largitate, de qua *inferius*, habetur: Verum hæ Arrhæ adeo non sunt necessariæ, ut ab honoratioribus amplius in contrahendis Sponsalibus non usurpentur.

19. Effectus sponsaliorum erat olim, ut actio inde ex sponsu daretur, in eum, per quem stabat quo minus uxor duceretur, in id quanti interesset, ut Gellius ex veteribus tradit, in *lib. 14. noct. Att. c. 4.* Quæ nec repudiorum licentia postmodum introducta, de qua *infra*, cessare videtur: Alia quidem nulla datur in recusantem actio, *l. 2. de Divort. l. 1. C. h. t. l. 2. C. de Repud.* Quo minus autem pœnæ in stipulatum deductæ nomine possit agi, cum causa utique honesta sit, nihil est dubitandum, secus ac aliis visum, abusis *l. 7. §. 1. de C. & D. l. 2. C. de Inutil. stipul. l. 134. de V. O.*

* Jure Canonico & Saxonico vero præsentia duorum testium requiritur, unum testem adhibuisse non sufficit, *Ord. Eccl. Sax. El. rubr. gen.* Von Ehe-Sachen. *Spec.* von Ehe-Gelöbnissen. §. wo auch. conf. Carpz. *Jur. Consist. l. 2. def. 35.* Id. *l. 5. Resp. 109.* Heig. *P. 1. qu. 22. n. 35.* ubi tamen Parentum testimonium non negligi, patet ex eod. Carpz. *P. 1. C. 16. def. 49.*

quæ docent, libertatem conjugii a tertio pœnis adſtringi non poſſe; quo minus ipſi promittentes ſe pœna pecuniaria ad fidem liberæ conjunctionis præſtandam obligare queant, nihil toto jure eſt impedimento. Poſtquam Chriſtianorum populi Repudiis repudium miſerunt, revixit actio ex ſponſu ſive contractu nuptiali, non modo ad æſtimationem litis in id quanti intereſt, ſicut olim, verum ad ipſum matrimonium adimplendum; cujusmodi ſententiam executione non deſtituendam eſſe, juſtitiæ vigor poſtulat. Eſt tamen ubi ad executionem ſententiæ tam rigidam non procedatur, *ut invitus aliquis aut invita, nuptiis in Ecclesia ipſo actu celebrandis adigatur: Cap. 17. X. de Sponſal.* Apud nos tamen illuc usque proceditur; ut qui condemnatus eſt, per Executorem publicum ducatur in Templum, ibique ceremoniis & promiſſione ſolenni defungatur, exemplis affatim exiſtentibus; domumque ducat, aut ducatur. Quæſitum eſt, an is, qui Sponſalia futuri temporis contraxerat, ſub hac conditione, ***ne mulier ipſum in judicio conveniret, quamdiu non ambiret aliam mulierem nuptiarum causa***; numquid etiam prius, non obſtante illa ſtipulatione, conveniri poſſet. Reſpondi, poſſe, quia conditiones matrimonio adverſantes, qualis hæc erat, pro non adjectis habentur, *c. ult. X. de Condit. appoſ. in deſponſat.* præſertim quia poſt ſponſalia pure contracta, hæc conditio deinceps erat adjecta, *ut in illa quidem ſpecie facti, de qua conſultus fui non dudum, evenerat.*

20. Ex his omnibus diſcrimen ſponſaliorum & Nuptiarum ſatis intelligitur. Sed repetam. Quod ad conſenſum attinet, parum abeſt, quin Sponſalia ordinarii uſus cum matrimonio conveniant; In his, quæ ab actuali conjunctione & cohabitatione pendent, differunt. A conſenſu in nuptias eſt, quod ſocer & ſocrus, gener & nurus ſtatim a Sponſalibus appellantur, *l. 6. §. 1. & l. 8. de Grad. & adfin.* quod tamen uſu loquendi hodierno aliter obtinet. Quod bina ſponſalia ſimul contracta, infamiæ pœnam merentur, *l. 1. de His, qui not. Infam.* Quod prohibitiones nuptiarum ad ſponſalia quoque pertinent. *l. 5. & l. 16. h. t.* Quod Sponſa adulterium committat; ſponſus de adulterio ſponſæ jure Viri agere poſſit, *l. 13. §. 3. & 8. l. 7. C. ad L. Jul. Adult.* quod ſponſus æque ac maritus, de injuria Sponſæ illata agere poteſt, *l. 15. §. 24. de Injur.* juncta *l. 1. §. ult. eod.* Hoc denique & ex *ſupra dictis* patet, quam inter ſe coincidant ordinaria ſponſalia & matrimonium, adeo ut Leo & Anthemius narrent, Nepotianum magiſtrum Dalmatiæ conſultatione ſua, & litigantes apud illum diverſis juris lectionibus, & legibus utrimque prolatis, diſputaſſe, idem eſſe maritum & ſponſum, in *l. 5. C. de bon. quæ lib.* Quin & aliquando ſponſus ac ſponſa præſumebant ea, quæ ad cohabitationem reſpiciebant; Sæpe enim ſponſus bona ſuæ ſponſæ adminiſtrabat, ut ex Dione *lib. 54.* colligitur, ubi Conſtitutio Auguſti, de Sponſalibus intra biennium in Nuptias convertendis, refert, ei fuiſſe additum, *δεκέτιν πάντως ἐγγυᾶσθαι τόνγε τὶ ἀπ' αὐτῆς ἀπολαύσοντα, Decennem omnino ſponſam eſſe oportere, ſi ſponſus aliquid de bonis ejus percipere vellet;* Antea dixerat; *οἱ ἐγγυώμενοι τὰς τιμὰς τῶν γεγαμηκότων ἐκαρποῦντο.* *Sponſi fructus de cenſu nuptarum,* (ſic enim & ille promiſcue,) *percipiebant.* Sane dotem ſæpe illis prorogatam fuiſſe, liquet ex *l. 14. de Jur. dot. l. 17. §. 1. de Reb. auct. Jud. poſſid.* quæ & privilegium nuptæ ad illam extendunt, quod confirmatur in *l. 5. C. de Bon. quæ lib.* ubi, quod de fundo dotali in nuptarum gratiam ſtatuitur, ad ſponſas extenditur, laudato ſententiæ auctore Juliano, quam & Gajus tradit *l. 4. de Fund. dot.* Habent ſponſæ eandem actionem, idem privilegium exigendi ante alios Creditores, eadem eſt prohibitio de fundo dotali non alienando, *dd. ll.*

21. Quid ergo de hypotheca & privilegio inter hypothecarios, quod datum eſt pro dote Nuptis in *l. ult. C. Qui pot. in pign.* licetne ad ſponſas, quæ dotes prorogaverint, extendere? Videbatur *ita ex arg. Legum prædictarum.* Attamen communiter non fit; Omnes, ſponſæ pro dote prorogata privilegium inter perſonales duntaxat adſcribunt, ut vidimus ad *tit. Qui potior. in pign. n. 38.* Forte, quod Juſtinianus hanc hypothecam & privilegium ad cohabitationem conjugalem retulit his verbis, *d. l. ult. §. 1. Quis enim earum non miſereatur, propter obſequia, quæ maritis præſtant, propter partus periculum, & ipſam liberorum procreationem?* Sic etiam ad cohabitationem pertinet Societas lucri & damni, quæ eſt inter conjuges, ut traditum ad *tit. de Societate ſub fin. Part. II. p. 970.* Sand. *lib. 2. tit. 5. def. 1.* Quod etiam uxor virum lugere debet, cum ad corporum conjunctionem reſpectum habeat, ſequitur, in ſponſis non habere locum, *l. 9. §. 1. de his, qui not. inf.* Sed de lucris & liberalitatibus quæ-

quæritur, an quæ nuptis concessa, sponsis jure acceptis etiam debeantur. Et quidem de Donatione proditum est discrimen, quod inter virum & uxorem prohibita, liceat tamen inter sponsos, *l. 32. §. 1. de Donat. int. Vir. & Ux.* An inde sequitur, commoda nuptarum sponsis quoque non deberi? Inde equidem hoc non sequitur. Leges enim *supra* citatæ sponsas in favorabilibus æquant nuptis; Id non tollitur ex eo, quod in pœnalibus atque odiosis separentur. Successionis ab intestato fundamentum est Jure Civili, voluntas & favor defuncti. Conjuges deficiente omni sanguinis linea, vocantur ex affectione defuncti, *l. un. D. & C. Unde Vir & Ux.* Ea res non habet respectum ad cohabitationem vel corporum conjunctionem. Atqui affectus erga Sponsam non est minor quam in uxorem. Non erat igitur absurdum, Edictum *Unde Vir. & Uxor.* extendere ad sponsas. * Idem de lucro dotis & donationis propter nuptias, Lege quorundam locorum competentis, videtur Collalio ad *l. 1. h. t. & l. 5. de Donat. int. Vir. & Ux.* Alber. Gentil *2. de Nupt. c. 23.* & aliis. Plerique tamen in Legibus & contractibus Mariti & Uxoris nomine Sponsas, juris & popnlari usu ab illis discretas, non contineri statuunt, sed opus esse ritu ducendi uxorem, ut fuisse dicantur & intelligantur uxor atque maritus, *l. 24. C. de Nupt.* cui accedit, quod Dos, cui donatio propter nuptias respondet, respectum ad onera matrimonii habet, *l. 20. C. de Jur. dot.* Sunt Auctores & populi, qui copulam insuper hymenæi exigunt, ut commoda nuptarum acquirantur, adeo ut si in festivitate nuptiali sponsa decesserit, nec uxor fuisse, nec commodis nuptarum gaudere judicetur. Sed hoc quidem juris textibus adversari videtur, *l. 30. de R. J. l. 15. de C. & D. l. 24. C. de Nupt. l. peu. C. de Don. int. V. & Ux.* Mores Gentium, ut dixi, variant, teste Mornac. ad *l. 7. de Rit. Nupt.* Lamb. Goris *advers. tract. 1. cap. 2.* Wissenb. *ad h. tit. th. 2.* ubi & Sandium citat ex *lib. 1. tit. 5. def. 1.* qui tantum de initio lucri & damni loquitur; quod cum sit ex *collaboratione*, ut citat ex Capit. Caroli Magni, merito inde auspicamur. Plus momenti habet hæc Quæstio, in locis, ubi communio bonorum universalis inde ab initio matrimonii stabilitur, de qua specie tractat eleganter *d. loco* Goris: Sed pergamus ad Nuptias.

TIT. II.

De Ritu Nuptiarum.

I. Justæ nuptiæ & uxor injusta bifariam acceptæ. II. Olim uxorem usu captam non injustam, sed justam & Matremfam. fuisse. III. Consummatio matrimonii primo in promulgatione. IV. Ante Promulgationem inquirendum, an personæ sint capaces, ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, ubi de Consensu Parentum Jure Canon. & Naturali. V. De ratihabitionis effectu, remiss. *Responsio ad objectiones. VI. Filiam majorem annis 25. non eximi patris consensu. VII. Quid hac parte Jure Frisico. VIII. Ad* Lib. 1. Stat. tit. 1. art. 6. & 7. De Consensu matris. *IX. Et* Curatorum. *Ubi de abusu potestatis Curatoriæ. X. Sufficere tacitum Consensum. XI. De celebratione* Ecclesiastica. *XII. De concubitu. Unde ætatis discrimen. XIII. Cum incapace procreandi sobolem, non consistere matrimonium. XIV. De visitatione & congressu. XV. An senectus prohibeat a Nuptiis. XVI. Remissio ad cætera.*

Argumentum hujus tituli late prosecutis *ad tit. Inst. de Nupt.* heic manu contractiore spicilegium, ut diximus, colligendum, dicta saltem ut non repetantur, idque secundum requisita Nuptiarum, quæ a legibus præscripta, ut justæ Nuptiæ fiant, *loco citato* exposita & illustrata sunt. Operæ pretium est scire, quid sint *justæ* nuptiæ. In promptu est Justiniani responsio, Sunt ea, quæ *secundum præcepta Legum* contrahuntur, *pr. Inst. de Nupt.* Adversus quæ si qui coierint, nec Vir, nec uxor, nec matrimonium intelligitur, *§. pen. I. de Nupt.* Proinde quæ contra Leges ducta est, hanc *injustam* vocari uxorem sequitur. Opponitur; Quæ non est uxor, sive quæ contra Legum præcepta ducta est, non fit adultera, quod supponit nuptias, nec adulterii potest accusari, *l. 13. §. 6. ad L.*

* Jure Saxonico, neque sponsus, neque sponsa quicquam, vel ex pactis dotalibus, vel statuto aut consuetudine loci, aut juris communis dispositione lucratur, nisi conscensio thalami accesserit. *Const. Elect. 19. P. III.*

Jul. de Adult. Atqui *injusta* uxor etiam Jure Viri potest adulterii accusari, *d. l. 13. §. 1.* Quare sciendum, justam injustamque uxorem bifariam sumi. Primo, ut dictum est; Secundo, pro solenniter, non *solenniter* ducta. Priore sensu Justinianus loquitur in *d. princ.* & Probus in *l. 9. C. de Nupt.* ubi *Justa uxor*, quæ domi cum affectu maritali, liberorum procreandorum causa habetur. Quintilianus *lib. 5. cap. 11.* Nihil obstat, quo minus *justum matrimonium* sit, *mente coeuntium*, etiamsi tabulæ signatæ non fuerint &c. Suetonius de Vespasiano: *Antoniam libertam quondam dilectam, revocavit in contubernium, habuitque etiam Imperator pene* justæ uxoris *loco. cap. 3.* Ovidius *noto versu.*

Quos facient justos ignis & unda Viros.

Rursus, quando solennis ductio per aquam & ignem in domum mariti omittebatur, hæc erat *injusta uxor*, uti fiebat, quando quæ prius concubina fuerat, affectione, titulo & dignatione maritali honorabatur, vel quoties furtivi amores nuptiis conglutinabantur, ut apud Terentium Demea ad filium, amasiam puerperam & sibi desponsatam domum ducere volentem:

Vin' tu huic seni auscultare? quid? missa hæc face,
Hymenæum, turbas, lampadas, tibicinas,
Atque hanc in horto maceriam jube dirui,
Quantum potest, hac transfer, unam fac domum,
Transduce & matrem & familiam omnem ad nos.

Satius hoc,
Quam illam puerperam nunc duci huc per viam.

Hujusmodi uxor *injusta* vere tamen uxor erat, adulterii & accusationis jure viri capax, *d. l. 13. §. 1.* Sed altero sensu *injusta uxor*, contra Leges ducta, non erat uxor, nec adulterii habilis, *d. l. 13. §. 6.* quod imposuit Cujacio *lib. 3. Obs. cap. 9.* putanti uxorem *injustam* esse, apud Ulpianum *d. §. 1.* quæ sine consensu Patris ducta sit: Ipse agnovit errorem, & retractavit *l. 6. obs. 5.* Hæc sane & *injusta* dici potest, ut testamentum *injustum*, quod non jure factum est, neque valet, *l. 1. de Injust. rupt. irr. f. testam.* sed priore sensu *in d. l. 13.* vox *injuste* non adimit, sed limitat uxoriam qualitatem.

2. Cicero in Topicis: *Genus est uxor, ejus duæ formæ. Una matrum familiarum. Hæ sunt, quæ in manum convenerunt; altera earum, quæ tantummodo uxores habentur.* Hinc Brissonius *lib. sing. ad L. Jul. de Adult.* uxorem *justam* ait esse, quæ in manum convenit; Injustam, quæ usu habetur. Conventio in manum fiebat ritu coemptionis, quando maritus uxorem quasi emebat certis verbis coram testibus decem, adhibito farre, unde *Confarreatio* hic ritus, apud Ulpianum *tit. 11.* per illam cum omnibus suis bonis in mariti potestatem transibat, ut Cicero *ibidem.* Erat quasi adoptio, quam per modum Emptionis celebratam fuisse constat, & diximus in *lib. 1. Digress. cap. 4. n. 4.* Servius ad hunc versum Virgilii: *Teque sibi generum Thetys emat omnibus undis. Quod ait,* EMIT, *ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus & uxor emebant.* Mulier empta sic erat Viro *filiæ loco*, scribit Boetius *in Top. Ciceronis.* Verum ut dominia rerum non modo per mancipationem, sed etiam usucapione acquiruntur, ita potestas maritalis in personam & res uxoris, præter coemendi ritum, etiam usu capiebatur, scilicet usu anni non interrupto, quod spatium rebus, quæ moveri poterant, erat præscriptum, *pr. I. de Usucap.* idque in uxore perinde fuisse observatum, patet ex Gellio *lib. 3. cap. 2. sub fin.* Quod si ante finem anni usucapio interrupta fuisset, uxor non erat in manu mariti. Interruptio fiebat *trinoctio*, ex Lege XII. tabb. quo intra annum a Viro, si in manu ejus cum bonis suis esse nollet, secubare debebat. Interruptio usucapionis vocatur Usurpatio, *l. 2. de Usurpat. & Usucap.* Hinc mulier per illud trinoctium *usurpata* dicebatur; quo pertinet quæstio ex Scævola apud Gellium *dicto loco* tractata, possetne usurpari mulier, quæ intra triduum ante finem anni a Viro secesserat. Alia igitur est usucapta, vel usu habita uxor, & alia est usurpata; opponuntur sibi invicem. Quæ usu capiebatur, æque erat in manu mariti, quam coempta, sicut usucapio æque dominium tribuit, quam emptio: Sed usurpata subduxerat se potestati maritali, ut esset quidem uxor, non tamen justa uxor pleno jure, sive materfamilias. Non igitur hæc erat *injusta* uxor, quæ usu habebatur & capiebatur, ut Brissonius, sed quæ usurpata erat, inquam. Usu habita uxor, post annum quoque in manum convenisse dicebatur, ut docet Cicero *pro Flacco*, quem locum in hujus rei argumentum adduximus & illustravimus *Part. 2. Digress. lib. 1. c. 17. n. 5.*

Summa huc redit. Justam uxorem, id est matremfamilias, olim fuisse, quæ in manum viri convenisset, coemtione, vel usu annali, sine usurpatione trinoctiali; Injustam, id est uxorem tantum, non matrem familias, fuisse primo, quæ aqua

aqua & igni quidem accepta, sed non coempta, nec usucapta, sed usurpata erat; dein, quæ ne solenniter quidem ducta, sed domi cum affectione maritali habita fuerat. Postremo *injustam esse* uxorem, quæ nec uxor quidem est, ut sunt omnes contra legum præcepta ductæ, *d. pr. & §. pen. I. de nupt.* Deductio igitur in domum mariti, non fuit necessaria ut *uxor*, sed ut *justa* uxor fieret, adeoque ad substantiam matrimonii non pertinebat, ut diximus ad *tit. I. de Nupt. n. 2.* copiose *in Part. 2. Digress. lib. 1. C. 11. & seqq.*

3. Sed illa fere ad jus antiquatum pertinent, quemadmodum requisitum Civitatis Romanæ, *de quo ad Inst. n. 7.* unde & de cæteris requisitis dicta non repetemus; verum quid ad Nuptias atque ad Justas Nuptias, ut hodie sunt receptæ, requiratur, quatenus in *parte priore* dictum non est, videbimus. Post contractum matrimonialem, quem ad Sponsalia retulimus *tit. praced.* sequitur Consummatio, quæ, ut hodie res habet, ad duo capita referri potest, ad celebrationem publicam, & ad concubinatum, atque cohabitationem, quorum occasione articulorum, quæ de requisitis nuptiarum indicta *ad Inst.* occurrent, considerabimus. Sponsalibus contractis, ubique Juris & moris est, ut contrahentibus, antequam ad concubitum & cohabitationem procedant, promulgationem petant Sponsaliorum trinis fere vicibus, * in eum finem, ut hi, quorum interest, se nuptiarum implemento, ex causis legitimis opponere possint. Promulgationem sequi debet celebratio & benedictio Ecclesiastica. Neglectæ promulgationis, pro moribus Gentium, variæ sunt pœnæ; apud nos est mulcta duodecim florenorum in primum, viginti quatuor in secundum & pœna arbitraria in tertium neglectum, tribus septimanis inter singulas vices interjectis, *1. Stat. 1. art. 11.* ubi petitio promulgationis fieri dicitur apud ministros Ecclesiæ, vel apud Judices; quod ad *praced. artic.* respicit, ubi distinguuntur Reformati ab Heterodoxis; ut illi Ecclesiasticas, hi judiciales adhibeant promulgationes. Utrisque injungitur, ut si qua difficultas Juris incidat, ad Curiam Supremam se referant, *d. art. 12.* Ex quo dicendum videtur, hujus rei prima instantia, notionem ad Ecclesiæ ministros spectare: quod est Pontificii Juris vestigium, a plerisque Protestantibus recepti, ut causæ matrimoniales sint Jurisdictionis *Consistorialis*, ut hæc tamen a summa potestate dependeat. Supremæ igitur Curiæ decretis Ecclesiastæ parere debent, salva ipsis censura morum; sed promulgationem a Curia concessam si recusent, remediis Prætoriis compelli possunt; quod experti sunt Ecclesiæ cujusdam Civitatis in Frisia Pastores, qui par hominum, qui per Curiæ sententiam conjuncti fuerant, e cathedra promulgare nolebant, hanc Jurisdictioni Civili non esse subjectam, arbitrati. Sed modum agendi, qui est Ecclesiasticus, a Jurisdictione dividere docti sunt, evocati post aliquot irritas jussiones, & parere coacti, anno 1681. Cæterum, in plerisque Belgii civitatibus promulgationis venia petitur a Magistratibus, etiam inferioribus, ut Ecclesiasticis nudum promulgandi ministerium relinquatur.

4. Injungitur Magistratibus & Ecclesiasticis, ut, in personas promulgationem petentes inquirant, an nuptiarum capaces sint, cum ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, tum sanguinis & honestatis respectu; de quibus rebus ad Institutiones actum non agemus, sed intacta delibabimus. Quod ad consensum ipsorum contrahentium attinet, hunc ad Sponsalia retulimus. De consensu Parentum, Juris Civilis ** requisitum,

* Ita nostro quoque jure cautum, proclamationem Ecclesiasticam desponsatorum, fieri debere tribus vicibus, *Art. Gen. 13. §.* es sollen. *verb.* drey Sonntage nach einander. j. Ehe-Ordn. *d. Ann. 1624. punct. 5.* §. erstlich. Carpzov. *Jur. Conf. l. 2. d. 137.* accedente dispensatione tamen, item in casu necessitatis, ea contrahi, & una, vel binis vicibus tamen fieri, aut etiam plane omitti potest. vid. Mencken. *Disp. de omissa Proclam. Eccl. §. 4. seqq.*

** Vid. *supra P. 1. p. 26.* Quod si tamen Parentes sine causa consensum suum denegent, Consistorium consensum eorum supplet. Carpzov. *Jur. Conf. l. 2. def. 55. sq.* Justam autem dissensus causam parentes habuisse censentur, si liberi sine ipsorum voluntate pure sponsalia celebraverint. Id. *d. l. def. 59. & l. 5. Resp. 110.* unde etiam in casu injusti dissensus consistorii consensus impetrandus est, antequam liberi sponsalia contrahant. *Ord. Eccl. tit. gen.* Von Ehe-Sachen. *Spec.* von Ehe-Gelöbnissen. §. Dagegen. Interim si sine Parentum consensu celebratis sponsalibus copula carnalis accedat, in matrimonium ea transeunt, secundum Carpzov. *P. 4. C. El. 20. def. 15. & Jur. Conf. l. c. def. 60.* licet liberi, ob neglectam Parentum voluntatem, exhæredari, & carcere includi possint, ac emigrare quoque cogantur *j. d. Ord. Eccl. rubr. §.* würden. & Carpz. *d. def. 60.* Extra Electoratum tamen sponsalia, inexe-

executi sumus *ad h. tit. Inst.* Jura Canonum inter se parum convenire, diximus, & textus in diversum euntes citavimus *num. 9.* Quos ita plerique conciliant, an committunt; de honestate parentum quidem consensum requiri, ex necessitate nequaquam? Covarruv. de Matrim. *part. 2. §. 8.* Sand. *2. 1. 2. verf. nam communis.*

Minus recte equidem Pontifices ἀναγκαστικὴν δύναμιν, coactivam vim, contra exemplum Juris sacri & profani, huic liberorum officio subtraxerunt. Sed quod viri doctissimi totam hanc distinctionem inter honestatem & necessitatem, ut impiam iis exprobrant, jure fieri non videtur. Nonne honestas emancipatum filium æque ac filium familias obstringit, nonne tam matris, quam Patris consensum postulat, & tamen neutro casu necessitatem contineri, exploratum est, *l. 19. de Rit. nupt. arg. l. 2. eod.* omni enim jure plus valet patris, quam matris potestas, & magis subjicitur qui pars est familiæ, quam qui exiit e familia; sed nihil attinet ea repetere, quibus toties hæc distinctio probata est, nominatim *Part. 2. Digreff. lib. 1. c. 7. n. 4.*

Quin nec Jus naturæ hoc loco ab eadem distinctione abhorret. Naturalis quidem ratio, ut honestati consentaneum suadet omnino hunc consensum, non tamen adeo præcise, ut absque eo matrimonium velit nullum esse; quia principium, dans actui internam validitatem, penes solos est contrahentes; nihil tam naturale est, quam ut quisque de facultate sua, id est, eo quod plene & directe ipsius est, libere disponat. Sed quid est tam proprie nostrum, quam gignendi jus: cujus naturalem consuetudinem quilibet ei, cui volet, per fœdus connubii, (nam vulgivaga venus humanum genus confundit,) addicere potest? Accedit, quod uxorem qui ducit, novam condat familiam; Ergo nec familiæ imperium Patri jus prohibendi naturaliter tribuit, quia non pertinet hic actus ad familiæ ipsius statum. Nam quod Romano jure filius uxorem in domum paternam deducit, & pars ejus manet, ex instituto mere civili, non gentium fluxit, ut *alibi.* Interim gratitudinis & prudentiæ præceptum est, ut cum maximi res hæc sit momenti, consilium & voluntas Parentum minime negligatur, quod multum a necessitate, a qua actus plane pendeat, differt. Hinc optime Theoph. *in d. princ.* naturalem rationem explicat: ἐπειδὴ δίκαιον τὰς γονεῖς ταύτης ἀξιῶσθαι τῆς τιμῆς, *quia æquum est Parentibus hunc bonorem exhibere, in gratiam educationis,* ut addit. Hactenus interim manet Pontificii Juris nævus, quod a severitate divina & Romana hac in parte recesserit. Nam licet usu illa distinctio in universum non careat, hic tamen non sequitur applicandam fuisse, quemadmodum certe applicanda non fuit.

5. Pertinet huc etiam nota Quæstio de *Ratihabitione,* quam nuptias inde ab initio facere legitimas, ut liberis etiam ante ratihabitionem natis prosit, iique legitimi censeantur, probatum est textibus & rationibus *ad d. tit. Inst. n. 10.* cui sententiæ ratio populorum hodierna mosque notissimus eorum, qui Jure Romano utuntur, quos inter *Frisii,* nullo quamlibet Statuto in contrarium, ex intellectu Juris communis suffragatur. Sed responsionem ad textus rationesque discrepantis sententiæ, remisimus *ad hunc locum.* Summa nostræ positionis ratio, consistit in vi retrograda ratihabitionis ex *l. 16. §. 1. de Pignor. & l. 56. de Judic. & aliunde.* Hanc tamen convellit Vinnius ad *princ. Inst. de Nupt.* Ratihabitio *retro operatur,* ait, *in his, quæ sunt in pendenti: non quæ nulla sunt.* Sed unde probatur hæc distinctio? Ego falsam puto. Nam donatio inter virum & uxorem est ipso jure nulla, *l. 3. §. 9. de donat. int. Vir. & ux.* ratihabitio tamen efficit, ut ab initio valuisse censeatur, *l. 25. C. d. tit.* ubi præcipue quidem de testamentaria ratihabitione agitur, sed ratio, quæ sequitur, omnibus congruit; nec refert, quomodo fiat ibi ratihabitio, modo ad mortem usque duret voluntas. Porro nihil tam nullum est quam testamentum, in quo filiusfam. est præteritus, quod tamen, secuto filii consensu, usque ab initio convalescit, *l. 17. de Injust. rupt. test.* Adeo ut contra argumentari non verear: *Quicquid est nullum, fit ab origine validum, si postea acquiescat is, in cujus gratiam Lex nullitatem statuit.* Contractus pupillorum, alienatio rerum minoris sine decreto, aliaque, de quibus *in loco,* sunt nulla, sed accedente pupillorum & minorum ratihabitione, (positis terminis habilibus) nunquam nulla fuisse videntur. vid. Sand. *lib. 2. Decis. tit. 2. defin. 1.* Atqui matrimonium sine Patris consensu in gratiam Patris est nullum; jus enim hoc est patriæ potestatis & libere ab ejus arbi-

vitis Parentibus inita, per concubitum in matrimonium transire, negat Struv. *Jur. Rom. Germ. l. 1. t. 6. §. 4.* Fibig. *Coll. Legal. Sem. 2. qu. 3. j.* Sand. *l. 2. tit. 1. def. 4.*

bitrio pendet, ut solent ea, quæ ad favorem pertinent nostrum, *l. pen. C. de Pact.* Ergo si recedat ab hoc jure suo, tota nullitas in præsens & præteritum evanescet.

Quod Bachovius *vol. 2. disp. 6. th. 5. lit. C.* ratihabitionem negat retrotrahi *in his, quæ jussum requirunt*, ut nuptiæ, nihil nocet. Nam jussum hic nihil peculiare, verum simplicem consensum, etiam tacitum significare, probatum *ad Instit. ex l. 5. C. h.* Vel præcipitur quidem, non præscribitur, ut necessarius. Quin & sæpe, ubi jussus requiritur, ratihabitio valet pro jussu, ut in ipsa actione quod jussu, *l. 1. §. 6. Quod Juss.* & actione mandati, *l. 60. de R. J.*

Noster acutissimus Tim. Faber *disp. anniversf. 5. th. 8.* & ex eo Vinnius ad *princ.* volunt, in textibus, quibus id, quod ratum habetur, retro valere dicitur, non tradi causas, in quibus id fiat, sed effectum ratihabitionis. Quod quidem primo falsum est. Nam quorsum alias verba *d. l. ult. C. ad SC. Maced. generaliter omnis ratihabitio &c.* nisi ad causas spectant, & verba *l. 25. C. de don. int. Vir. & uxor. sicut & alias ratihabitiones negotiorum gestorum?* Sed jam largiar, & assumam quod illi excipiunt. In his textibus tantum de effectu agitur. Sic est. Nam ratihabitio non efficit, ut nuptiæ revera justæ ab initio fuerint, sed eundem tribuit effectum, ac si legitimæ semper fuissent.

In quibus igitur non de effectu permanente, sed de facto tantum agitur transitorio; ibi ne quidem post ratihabitionem nuptiæ dicuntur ab initio valuisse; nec adeo magis id fieri potest, quam ut id, quod factum est, reddatur infectum, qua de re versiculos Agathonis ex Aristotele *lib. 6. ad Nicom. c. 3.* recitavimus ad *fin. tit. de Probat. & Præsumpt.* Non fit igitur per ratihabitionem res vere gesta, quod Pater ab initio consenserit; Juris saltem effectus quidam supplentur, ac si inde ab initio suppleti fuissent. Exemplum in *l. 13. de his, qui infam.* Pater est infamis; cujus jussu ab initio matrimonium intra annum luctus est repetitum, non quia postea ratum habuit. Etenim hic utique ipso facto non jussit, ad quod sanctio spectat. Ita nec adulteram accusare potest jure viri, post ratihabitionem Patris, quæ antea se alii substraverit, *l. 13. §. 6. ad L. Jul. de Adult.* Nam talis accusatio veritatem facti supponit, quod fuerit justa uxor, quam ratihabitio non præstat: delictum est factum, quod aliter quam res acta est, se habere non potest. Ratihabitio ad effectum modo nuptiarum statumque liberorum pertinet. Temere igitur hi textus objiciuntur, qui & in materia versantur pœnali ac odiosa, quæ semper restringitur, nos in favorabili, quæ facile extensionem recipit.

Præceptor tandem noster, D. Wissenbach. *Disp. 6. ad Inst. th. 21.* regulam de ratihabitione, tantum in contractibus valere contendit; sed frustra; Nam donatio an contractus est? Negat ipse, in qua tamen eadem regula servatur, *d. l. ult. C. de don. int. V. & U.* Ratihabitio vim suam retro exerit in his, quæ consensu fiunt; est enim subsequens consensus; Ergo etiam in nuptiis, quæ licet contractus non sint, nihilo secus tamen liquido consensu fiunt.

Verum tamen alii defectus, qui terminos habiles nuptiarum tollunt, neque in partium consensu consistunt, non nisi a tempore quo cessant, vitium matrimonii corrigunt, & tunc liberis demum natis obesse desinunt. Hinc Præses, qui feminam provincialem contra Leges duxit, deposito demum officio, si tunc duret voluntas, uxorem incipit habere legitimam, & justos, qui postea suscipiuntur, liberos, *l. 65. §. 1. de rit. nupt.* Secuta & renovata voluntas hic non retrotrahitur; quia consensus non potest retrorsum operari in id tempus, quo nullus plane consensus esse potuit, ob vitium Legale personarum. Si quis domum minorem annis 12. duxerit, hæc uxor erit cum justos annos expleverit, consensus tunc secutus non reddet nuptias ab initio, quo ducta est, validas, quia tunc termini habiles deerant, *l. 4. de rit. nupt.* Idem in priori specie. Nam inter Præsidem & provincialem nuptiæ nullo modo consistunt. Ratihabitio igitur emendat solum consensus paterni defectum, præsuppositis cæteris Legum requisitis.

Postremo D. Vinnius multum tribuit contra liberos antea natos *Legi XI. de Stat. Hom.* sed cum ea nihil de ratihabitione, tantum de statu prolis, avo ignaro conceptæ agat, nobis nihil officiet, nec dubitamus, de casu secuti consensus Paulum aliter responsurum fuisse. Proinde cum hæc sit Juris Romani sententia, nostrum quoque Statutum, negans ratihabitionem prodesse, de pœna incapacitatis, non de nullitate actus accipiendum erit. Hæc patrem respicit & liberos, illa contrahentes, qui deliquerunt. Patri satisfit, liberi juvantur ratihabitione; ipsi conjuges merito pœna non liberantur.

Sed operæ pretium est videre textum. In Stat. lib.

lib. 1. tit. 1. art. 6. in fin. ubi sic habetur; pœnas matrimonii parentibus invitis contracti, habere locum, etsi contrahentes, post impletum concubitu matrimonium, ratihabitionem impetraverint. An non inde patet, ratihabitionem expressam vel tacitam, in implendis nuptiis adhibitam, prodesse liberis postea natis, sed contrarium esse dicendum, si post liberos natos ratihabitio accesserit? ut Sandius etiam tradere videtur, *d. lib. 2. tit. 1. def. 2.* Sed magis est, ut Statuta nostræ positioni nihil obstent. Agunt enim de pœna delicti, quo aliquis ipso facto puellam invitis parentibus duxit: quod commissum non mutatur per secutam ratihabitionem; Ideoque pœnam nihilominus obtinere, quicquid parentes pro sua indulgentia de jure potestatis suæ remiserint, publicæ disciplinæ vigori consentaneum est. Sandius quæstionem nostræ positionis non tractat, neque decisam refert.

6. Consensus parentum cum sit effectus patriæ potestatis, quamdiu hæc durat, requiritur; Et cum ætate 25. annorum ea non finiatur, non est dubium, quin & filia major sine consensu patris nuptias contrahere non possit. *(In locis, ubi ætas eximit a Patria potestate, hæc cessant.)* Nec operæ pretium erat huic quæsito immorari, nisi auctoritas Sandii nostri aliorumque hominum doctissimorum, secus postularet. Sandius *lib. 2. Decis. tit. 1. def. 5. statuit ipse & in Senatu refert esse judicatum*, filiamfam. majorem annis XXV. sine Patris consensu validum inire posse matrimonium. *Nos eam sententiam nec Statutis probari, nec Juris civilis rationi consentaneam esse, nec a Senatu ità adhuc esse judicatum credimus; quod ut* ἀπεροσδόκητον *&* Sandio, *ut videtur, repugnans, forte aliquos offenderit. Verba Sandii, quibus sententiam Curiæ demonstrat, hæc sunt;* Hinc, cum quidam filiamfam. 25. annis majorem in jus vocasset, cum qua fatebatur se, inscio patre, matrimonium contraxisse, filia vero matrimonium negasset, ad probandum admissus fuit, cumque in probatione defecisset, absoluta est. *Unde colligi vult, si juvenis probasset contractum matrimonii, filiamfam. fuisse condemnandam. Sed quam id nullo modo tutum sit affirmari, norunt qui judiciis interfuerunt. Nam propter multitudinem causarum, quando partes circa facti historiam discrepant, omni die contingit, ut interlocutio ad probandum fiat, et si facta illa non sint litis decisoria; sive quod non vacet Judicibus exacte curioseque examinare, num sine claritudine illorum factorum causa finiri queat; sive quod speretur, e discussione factorum aliquid lucis causæ disceptationi adspersum iri.*

Non ita pridem hæc quæstio rursus agitata est in Senatu Supremæ Curiæ. Cajus desponderat sibi filiam Titii majorem 25. annis, sine Patris consensu, quanquam multis id egerat ut probaret, Patrem ex postfacto consensisse. Pater tamen nuptias detrectabat; Cajus eum in Jus vocaverat, petens, ut condemnaretur ad permittendam celebrationem nuptiarum; virgo subscripserat libello. Pater jus patriæ potestatis allegabat, nec sibi imputari posse moram in elocanda filia; esse virum alium Ecclesiasticum boni moris & familiæ, cui suam destinaverat. Cum ad rem judicandam ventum esset, primo quidem Domini consentiebant, exemplum Sandii non facere judicatum Curiæ, nec adeo quæstionem adhuc esse decisam. Pars etiam major, re bene disceptata, sentiebant, non esse verum, quod filia major annis 25. sine Patris consensu nuptias contrahere possit: cum enim nullum sit aliud ejus sententiæ fundamentum, quam in Nov. 115. c. 3. §. si alicui 11. *quam urget Sandius, ille textus bene examinatus nihil ejusmodi continet. Verba sunt;* Si vero usque ad viginti quinque annorum ætatem pervenerit filia & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu Parentum marito se, libero tamen, conjungere; hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari: quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur. *Videmus, quæstionem hujus loci esse, non, an valeant nuptiæ, sed an filiæ ingratitudinis loco sit imputandum, quod inscio Patre sibi consuluerit, ita videlicet, ut exheredari possit; qua de re per totum hoc caput unice disseritur. Si Leges hactenus ignoscunt impatientiæ virginum a Patre vel a procis tam diu neglectæ, ideone matrimonii contractus omni Jure subsistet? Sandius ipse docet, ex eo, quod majoribus annis viginti puellis remittitur pœna Statutaria;* ne quid conjuges sibi mutuo relinquant, *non sequi tamen, nuptias subsistere. d. lib. 2. tit. 1. def. 5. in fin. In hac* Novella *nihil habetur, quam exheredationis pœnam remitti; Quid causæ est, ut ex hujus remissione pœnæ, conjugium magis convalescat? Et quare ætas tot annorum sequiorem sexum magis subducet patriæ potestati, quam filios, de quibus textus non loquitur, nec Sandius sentit? an, quia difficilius puellæ tolerant virginitatis onus, quam Juvenes? Ratio*

tio lenone quam Cæsare dignior. Numquid in textu d. Nov. 115. c. 3. §. 11. *reperitur, quod huic sententiæ, quam mirari liceat a tam multis esse receptam, dederit causam? Proferuntur hæc verba;* Si forsitan contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito, libero tamen, se conjungere. *Unde colligunt*, posse talem filiam se conjungere marito. *Sed recte Bachovius* ad Treutl. Tit. de rit. nupt. th. 5. *observat, illis verbis minime legitimum intelligi matrimonium, sed conjunctionem facti qualemcunque; idque probat ex verbis* libero tamen, *quæ exceptio indicat, illic agi de conjunctione, quæ de serva etiam prædicari posset, alioqui inepta foret limitatio; at de serva matrimonium nullo modo potest dici, siquidem cum eo duntaxat est contubernium, non conjugium*, l. 3. C. de Incest. nupt. *Aliud evidentius argumentum ad id refellendum, ex ipso textu Nov. suppeditatur.* Etenim si hæc verba textus: si forsitan contigerit, eam sine consensu Parentum marito se conjungere, *virgini jus darent id faciendi, quod in conditione memoratur, idem prorsus eveniret in his verbis, quæ habent eundem contextum*; si contigerit eam in corpus *suum peccare, cum eodem spiritu a Cæsare pronuncientur, quod tamen absurdum esse nemo non videt. Denique, Justinianus ne quidem ingratitudinis absolvit filiam viginti quinque majorem annis*, nisi parentes distulerint eam marito copulare, ὑπερθῶνται, *inquit*, rejecerint, *cum esset occasio. Plane in id facile consentias, filiamfamil. perfectæ ætatis, facilius auctoritate publica parentis consensum elicere posse.* His convenienter D. Saekma Curiæ nostræ Senator, ad notas MS. in *art. 6. lib. 1. tit. 1. Statut.* refert, anno 1610. ante ferias O. S. a Senatu judicatum esse, filiam etsi majorem annis XXV. sine Patris consensu nubere non posse, nisi pater filiæ conditionem non quæsiverit, ut est in *l. 19. h. t.* hoc est, si requisitus a filia sine justa causa negaverit. in causa *Uylke Tjaerts, contra Saep Tjaerts*, & rursus in *causa Casparis de Jonge contra Claes Joukes. ante ferias O. S. 1619.* Filium quoque majorem annis 25. sine Patris consensu nihilo magis uxorem ducere posse, Curia Suprema censuit, in causa *Antje Pieters contra Heyn Doeckes. d. 30. May 1682.* Factum tamen est, ut tum temporis Cajus ille sponsa potiretur, sed ob rationes facti magis quam juris illius ex *d. Nov. 115.* in causa *Georgii Blankart contra Isaacum van der Hellen.*

7. Sed liceat heic obiter digredi & quærere, an huic sententiæ Jus Frisicum obstare non videatur, *artic. 6. lib. 1. tit. 1. Statut.* Ubi cautum est, *Si quis filiamfam. minorem annis XX. sine consensu Patris aut Matris duxerit, vel mulier filiofam. minori annis XXV. ita nupserit, eum vel eam nihil de bonis alterius, Dotalitii, aut ullius lucri ex causa matrimonii nomine percipere posse.* Nam exinde sequi videtur, si quis filiamfam. majorem annis XX. duxerit invitis Parentibus, sine distinctione textus, *sonder consent van Vader of te Moeder*, eum pœnæ expertem esse, ac ita matrimonium illud valere: quod etiam inde patet, quia prohibetur aliquid nomine *Dotalitii* vel alterius lucri matrimonialis percipere; quæ prohibitio vel pœna, *matrimonium* consistere supponit. Non temere movetur hæc difficultas, quam auget observatio Thomæ Herbaji Viri Cl. in notis *M. S. ad d. art. 6.* qui non dubitat Collectores Statutorum hac parte erroris arguere: *Cum Jure Civili*, inquit, *Consensus Parentis in nuptiis filii tam sit necessarius, ut & jussus præcedere debeat, ac quod contra factum est, id irritum sit, utique supervacuum est, quod de Dotalitio bonisque dotalibus statuitur, quæ nulla esse possunt, ubi matrimonium nullum. Itaque, quod bona pace dictum sit, qui colligendis his Constitutionibus præfuerunt, non videntur percepisse, huic Constitutioni inesse aliquid ex errore Canonistarum, qui & invito Patre volunt valere matrimonium. Contra quem errorem cum Carolus Imperator V.* (est enim Carolina Constitutio in *d. §. 6.*) *autumaret, se nihil posse statuere quoad matrimonium ipsum, cavit saltem de Dote: Proinde tolli debuerant quæ de dote etiamnum hic habentur.* Hactenus *Herbajus*; Verum ad hanc objectionem haud incommode responderi potest; sicut matrimonium inter personas prohibitas est *putativum*, ita dotem quoque vel dotalitium ejusdem esse naturæ, nomine tale, revera nullum; quemadmodum mulier, quæ nubit avunculo, nihil agit ipso jure, *dotem* tamen, quam dedit, recuperare dicitur, *l. ult. D. de Condict. sine causa.* Plus difficultatis est in priore scrupulo, quod prohibitio tantum de filiabus annis XX. & de filiisfam. *art. 7.* annis XXV. minoribus loquitur. Nam hoc ipso, quod pœnam statuit in eos, qui ducunt filiasfam. minores annis 20, & in eas, quæ nubunt filiisfam. minoribus annis 25. sequi videtur, Statutum permittere nuptias cum illa ætate majoribus, sine Parentum consensu. Valde equidem vereor, ne non Auctores Statuti in ea

fuerint sententia, Nuptias a filiisfam. contractas per se esse validas, præsertim quia in *artic. 5.* ἀμέσως præcedente, matrimonium in prohibito gradu sanguinis *penitus irritum* declarant, cum in defectu consensus Paterni nihil ejusmodi exprimant. Quando tamen praxi adsidua non interrupta, nullitas recepta est, dicendum videtur, eas pœnas ipsi facto esse impositas, nullitatis ratione seorsim consideranda, quam non abolitam Statuto, manere, sicut est Jure Civili constituta; præsertim quia nihil vetat, illam pœnam, quæ matrimonium *de facto* supponit, cum nullitate Juris consistere. Eaque interpretatio inde juvatur, quod incapacitas lucri dotalis, non infligitur ipsis nuptiis, sed ei tantum, qui minorem annis viginti puellam *sollicitat atque seducit*. Ipsa puella seducta, Juvenis etiam minor annis 25, non prohibentur ejusmodi capere lucra, *d. art. 6. & sequ.* Facto sive commisso pœna Statuti imponitur; de Nuptiarum validitate cum nihil constitutum sit, hæc juris Communis decisioni relicta censetur.

8. Proinde cum pœna illa *non lucrandi*, teneat æque ob neglectum matris quam Patris, *d. §. 6.* valor matrimonii sine matris consensu initi, similiter Juri communi relinquendus videbatur. Ac ita, sicut nuptiæ liberorum, qui Patris consensu carent, sunt nullæ, eodem modo Consensus matris absolutam nullitatem inferre non posse videbatur, qua de re locuti sumus *ad h. t. Inst. n. 11.* in hanc sententiam; Esse quidem filiæ minori annis 25. matris & propinquorum consilium adhibendum, at ipsi electionem esse liberam. Receptior tamen est interpretum sententia, Matris consensum filiæ minori 25. annis esse necessarium; quos enumerat Sandius *d. lib. 2. tit. 1. def. 2.* quorum sententiam Curia nostra sequitur, ut idem testatur, & Herbajus *not. MSS. ad d. §. 6.* Patre scilicet non extante, quod, ut res loquatur, sollicite tamen ab Herbajo monetur.

9. Jure Romano Curatores nihil auctoritatis, quod ad nuptias, in adultos adultasve exercent, quia Curator rebus datur, & nuptiarum jus inter mere personalia habetur, *l. 20. de Rit. Nupt. & l. 8. C. eod.* Unde quæ sub Curatoribus est, Magistratus, propinquorum, & suo arbitratu nubit; de Curatoribus οὐδεὶς λόγος, *altum silentium*, *l. 20. C. de Nupt.* Sed Jus Frisicum *d. tit. §. 13.* *Similiter*, ait, *qui subsunt Curatoribus, matrimonium ne contrahant sine Curatorum consensu, idque sub pœna, quod sit futurum nullum, quicquid alter alteri reliquerit.* Præter hanc pœnam, D. Sandius statuit *eod. tit. def. 6.* Nuptias, insciis Curatoribus initas, esse nullas, quod intellige, nisi ætatem modo in filiabus definitam excedant; idque Curia nostra servat. In cujus auctoritate libenter acquiescimus, quanquam contra disputari poterat. Nam si pœna Statuti non tollat id, quod jure communi præcipitur, sed cum eo conciliatur & jungitur, modo possint concurrere, ut Sandius ipse docuit *defin. 1. 2. 3. 4. 5.* cur non idem hic fiat? Qui ducit puellam ignaro Curatore, nihil unquam ab ea lucrari potest; hactenus nec ultra, recedit Statutum a Lege Romana; quid obstat, quo minus reliqua conveniant? An verba prohibitionis, *ne contrahant &c.* Atqui ipse habet simile in *defin. 1.* Statutum ait, *Nemo contrahat nuptias, nisi post trinam proclamationem & ἱερολογίαν, sub pœna pecuniaria.* Heic sola mulcta habet locum, & nuptiæ absque illis valent, etsi directa & concepta sit prohibitio, ex ratione Juris Civilis. Quidni & hic Statutum cum Jure Romano concilietur, quatenus illud non mutat? Amplius, Qui filiamf. absque Patris consensu ducit, eadem mulcta adficitur: Valor tamen nuptiarum dispositioni Juris communis relinquitur, ut *supra* intellectum est. Heic prorsus eadem ratio est. Jus Commune vult nuptias valere, quæ sine Curatoris adsensu contractæ sunt, & Statutum hac parte nihil mutat. Unde igitur diversa conclusio?

Si Curator primo dissensit, deinde voluntatem adhibuit hac Lege, ut bona quædam puellæ fideicommissi onere adfecta, in utilitatem propinquorum consentientium sequestrarentur, valetne promissio? Non valere, judicatum est; quia nec matrimonii, nec tutelaris officii, mercatoria vel mercenaria est natura, *in causa M. T. S. adsistente marito, contra C. V. W. cum sociis d. 16. Mart. 1680.* Quin ob ejusmodi & similia commissa in Curatorem animadverti potest, si potestate sua temere sit usus in negandis vel concedendis sponsalibus, ejusque ab arbitrio ad Judicem provocari potest. Ita cum Vir spectabilis puellam suæ curæ commissam, fratri suo collocasset in matrimonium, Curia quidem matrimonium, re non integra non rescidit, Curatorem tamen ab officio suo removit, *d. 20. Decemb. 1636. In causa Oricii Doyem, contra Pybonem a Doma & N. Vogelsang cum Dorothea Tædema.* An puella Curatoris subdita, locis ubi jure communi utuntur, Sponsalia prætextu

tu ætatis & Curatoriæ potestatis, retractare queat, *ad Inst.* dictum est. Magis est, ut ratione juris non videatur.

10. Consensus Parentum & Curatorum expressus esse debet; Ait enim Imperator in *d. pr. I. h. t.* jussum procedere oportere. Quod tamen ita accipiendum, ut magis commendetur, quam sub pœna nullitatis injungatur, quod attinet ad *jussum præcedentem.* Textus enim alii docent, sufficere, si pater sciat nuptias, nec contradicat, *l. 7. §. 1. de Sponsal. & l. 5. C. de Nupt.* Veruntamen inter expressum & tacitum consensum discrimen ingens tradit Sandius in *lib. 2. tit. 7. def. 2.* ubi vult Patrem non amittere usumfructum in bonis liberorum, si non nisi tacite consenserit, quem si jusserit, amittat. Sed non esse hoc discrimen Juridicum, neque a Curia probatum diximus in *Part. II. pag. 557.* Nec adeo Curator, qui scivit nuptias promulgari, neque contradixit, a rationibus & reliquis reddendis, præstandis liberatur; Scivisse autem creduntur, qui in eadem provincia fuere, cum promulgationes more solito publiceque factæ sunt, ut a Curia judicatum est, in causa *Annii Tarquinii nomine uxoris, contra Annium Boetii.* Condemnatus hic est, ut Curator, Annio nomine uxoris rationes & reliqua præstare, licet absque ejus consensu matrimonium esset initum, sed promulgatum sine ejus oppositione, cum in loco satis propinquo habitaret. *Ante ferias Natal. 1680.*

11. Satis prolixe de Consensu; post ea, quæ *ad Instit.* hac de re exposita fuerant; neque de cæteris capitibus tantum est, quod heic addendum occurrat. Post promulgationes rite factas, sequitur Ecclesiastica copulatio, qui ritus sane vetus & laudandus est, adeoque a Viro gravi non facile omittendus, etsi tempore Justiniani, seculo sexto, non fuisse ritum hunc in usu, patet, inde, quod altum ejus in toto Jure silentium sit, ut recte observat Rittershus. *ad Nov. part. 4. c. 1. n. 18.* Non debent igitur Sponsi ante copulam Ecclesiæ ultra primam lineam amare, nec copulam addere carnis. A majoribus natu accepimus, olim sponsus coram facie Ecclesiarum nostrarum rogari solitos, utrum delibassent τὴν εὔνοιαν, an cellum intactum custodivissent; Si faterentur obreptum esse, pœnitentiam ante benedictionem publice profiteri cogebantur. Transiit antiquus rigor, cui par non fuit posteritas. Sed majoris momenti & celeberrima Quæstio est, an ejus omissio matrimonium faciat nullum, liberosque illegitimos, si de affectione tituloque conjugii non dubitetur. Negatur, si nullitas Lege speciali sancita non sit, quemadmodum in Hollandia Zelandiaque, & in Pontificiis oris ex Concilio Tridentino, *sess. 24. c. 1.* Tulden. *ad Tit. C. de Nupt. §. 3.* Apud nos mulcta, quam diximus, imponitur XII. florenorum prima vice, & secunda post tres septimanas XXIV. Sed a quo tempore mulctarum illæ vices incipiunt? A tempore primi congressus, *van de eerst byeenkomste*, ut judicatum refert D. Saekma Senator, in causa *Dris Epema*, contra *Jlke Obbes* cum uxore. *d. 27. Octobr. 1627.* Sed ambigua sunt verba primi congressus, utrum de concubitu, an de cohabitatione sint accipienda. Nam utrumque sensum fert vocabulum *byeenkomste*. Priorem sensum antiqua severitas exigere videtur. Magis tamen est, ut conventus & cohabitationis initium sit intelligendum: Nec enim mulcta excessui amoris, inter sponsos jure conjunctos imposita videtur, saltem ut hodie fert hominum mos & opinio. Sed matrimonium in se valere, quando constat, virum & mulierem se pro conjugibus invicem habuisse, de jure certum, & perpetuo apud Frisios existimatum est, teste Sandio *lib. 2. tit. 1. def. 1.* & Saekma Not. *lib. 1. Stat. tit. 7. art. 7.* abundantibus exemplis; quibus adde sis, quod etiam liberi e tali conjunctione nati, Jure succedendi gaudeant in præjudicium quoque diversi matrimonii, & liberorum inde natorum, ut Curiæ visum est *in causa Auke Baukes cum soc.* contra *Fridericum Henricum.* ante ferias Caniculares 1671. & sæpe alias. Neque tantum, si benedictio sacerdotalis, sed etiam, si promulgatio penitus omissa fuerit, ex eo solo, quod vir mulierem uxoris titulo dignatus sit; etsi probabile esset, id pudoris causa magis, quam ex vero affectu fuisse profectum, nec unquam Vir ullum actum contractus conjugalis celebrare voluisset, ut usu venit observari in causa *Thomæ van der Mark Domini de Leur, contra Christinam Taepkens. ante magnas ferias 1682.*

12. Post benedictionem Ecclesiasticam, (cujus loco Heterodoxis injungitur fere confirmatio judicialis,) sequitur Concubitus, in quo præcipue desinit implementum matrimonii. Cujus exercitium quidem ad matrimonium contrahendum non pertinet; Aptitudo tamen & potentia, est requisitum necessarium, *ut Masculi sint puberes, feminæ viripotentes. pr. I. de Nupt.* Ratio autem, cur feminæ celerius quam mares

ad nuptias maturescant, redditur ab Horo apud Macrobium 7. *Saturn. c.* 7. quia *calent amplius, & calor semper generationis causa est.* Idem Athrylatus Medicus apud Plutarch. 4 *sympos. qu.* 4. tuetur, & experimentis demonstrat. Quin & Hippocrates *lib.* 1. *de morbis mul. sect.* 5. feminas scribit habere θερμότερον τὸ αἷμα, *calidiorem sanguinem*, adeoque θερμοτέρην τοῦ ἀνδρὸς, *viro calidiorem esse mulierem.* In contrarium disputat Symmachus, apud Macrob. *d. loc.* & *quod cito*, ait, *admonentur generationis, non nimii caloris, sed naturæ infirmioris est, ut exilia poma celerius maturescunt, robusta serius.* Athrylatum refellit etiam Florus apud Plutarch. *loco cit.* Aristoteles quoque *lib.* 4. *de generat. animal. c.* 6. ἀσθενέστερα γάρ εἰσι καὶ ψυχρότερα τὰ θήλεα τὴν φύσιν. *Sunt enim feminæ debiliores atque frigidiores natura.* Imo hanc ait esse rationem, ὅτι πάντα πρότερον ἐπιτελεῖται τοῖς θήλεσιν ἢ τοῖς ἄρρεσιν, οἷον ἥβη καὶ ἀκμὴ καὶ γῆρας. *Quod omnia in feminis celerius quam in maribus perficiuntur, veluti pubertas, virilis ætas & senectus.*

13. Est igitur gignendi pariendique capacitas substantiale requisitum. Quare si constet, alterum esse ineptum ad prolem faciendam, matrimonium est ipso jure nullum, ut si Vir eunuchus, mulier tam arcta sit, ut mulier fieri nequeat, sicut Ulpianus ait in *l.* 14. *§.* 7. *de Ædil. Ed. Non satis est, maritum solo tantum osculo putari.* Quintilian. *Declam.* 229. Idem: *Maritus non est, qui Pater fieri non potest. Declam.* 279. Unde licet mulier velit, cum Eunucho tamen non constare nuptias, verius est, etsi ex eorum genere sunt, quos Terentius *maximos ait* esse *mulierum amatores, sed nihil potesse*, quibus & mulieres quandoque corruptas, lassæ voluptatis imitamento delectari, scribit Juvenalis *Satyr.* 6.

Sunt quas Eunuchi imbelles & mollia semper
Oscula delectent, & desperatio barbæ.

Hujus generis agitatam fuisse Litem *Parisiis*, Eruditorum diaria nos erudierunt.* Dionysius Binotius Mayenensis, impos gignendi, nuptias contraxerat cum puella, parentum ejus consensu. Verum sacerdos nuptiis benedicere nolebat, eamque recusationem judex Mayenensis, cum Binotius impotentiam fateretur, approbaverat. Appellavit Senatum Parisiensem cum Sponsa sibi juncta. Nitebantur *cap.* 4. *X. de Frigid. & malef.* ubi de arctis sive clausis sancitum est, *Quas tanquam uxores habere non possunt, habeant ut sorores*, nempe si animo consentiant, *cap.* 5. Patrocinabatur illis celebris *Talonius.* Curia tamen contra communem expectationem sententiam priorem confirmavit, *Audientia magna Cameræ, die Jovis* 8. *Jan.* 1665. sapientius quam Lucius & Celestinus Pontifices, in *dd. cc.* 4. & 5. quos textus alii de tolerantia ex postfacto, forte non temere, accipiendos putant. Rectius sane Augustinus, *Propagatio liberorum prima est & naturalis causa nuptiarum*, ait in *lib.* 1. *de Adult. conjug.* Cum sterili tamen non est prohibitum; etsi minus, ubi constet, laudabile matrimonium, quo si non adsequimur τὸ τεκνογονεῖν, procreationem liberorum, evitatur tamen τὸ πυροῦσθαι, *ustio*, quem utrumque scopum Apostolus agnoscit 1. *Corinth.* 7. Non sunt modo nuptiæ, verba Chrysostomi, παιδοποιΐας ἕνεκεν, ἀλλὰ καὶ ὑπὲρ τοῦ σβέσαι τὴν τῆς φύσεως πύρωσιν, *non tantum ad liberos procreandos, sed etiam ad extinguendam naturæ ustionem. de Virginitate cap.* 19. Quæ ratio cessat utraque in impotentibus ineptisque τὰς παιδοποιοῦ ἀδονάς, ut ore Jocasta Doriensi loquitur in *Phœnissis.*

14. Sed est discrimen haud dubie inter Eunuchos sive castratos, & impotentes: Quod, cum illis nuptiæ statim ut initæ, nullæ sunt de jure, sic etiam facto impediuntur. Cum his contractæ, si spes non omnis decollaverit, valent, *l.* 39. *§.* 1. *ff. de Jur. dot.* dum legitimum patientiæ, quod est triennale tempus, exegerit alter, *Auth. sed hodie C. de Repud. Nov.* 22. *c.* 6. *c.* 3. & *c.* 6. *ult. X. de Frigid. & malef.* At tum quidem matrimonium recte nullum censetur fuisse, licet divortium quoad eventum appelletur, ubi discessus placuerit: sin consentiant, manent ut sorores, *d. c.* 3. Si vero dubium sit, & Vir impotentiam suam neget, primo quidem inquisitio instituitur, an aliam aliquam cognoverit, *d. cap. ult.* Si nec hoc constet, ipse tamen se se habilem profiteatur, in Foro Pontifi-

* Similis lis in Foro Saxonico agitata est, de qua si lubet, vide *Conjugium Eunuchi,* die Capaunen-Heyrath. h. e. *scripta & Judicia varia de Conjugio inter Eunuchum & Virginem Juvenculam An.* 1660. *contracto, tunc temporis a quibusdam supremis Theologorum Collegiis petita, postea hinc inde collecta, ab* Hier. Delphino *C. P. Halæ rec.* 1718. 4.

cio mos est antiquus instituendi visitationem, & deinde specimen congressus, in quo si Vir se Virum non præstiterit, divortium decernitur; de quo more Robertus *lib. 4. rer. Judic. c. 10. Testes*, inquit, *mulierum hujus seculi procacitas & licentia, ut nihil fere quicquam occurrat in judiciis & Senatu frequentius impudicis istis expostulationibus, & lascivis nuptarum querimoniis; quæ non modo non vindicantur, sed & magno Fori Ecclesiastici dedecore etiam cum applausu admitti solent. Statim enim* Visitatio *indicitur eorum, quæ natura velavit. Mox decernitur* Congressus, *ut grato lascivæ colluctationis ludicro immodesta libidinosæ puellæ cupiditas exerceatur;* Adde his: *Patrum illius Ecclesiæ ipsorum*; quos inter multos esse fratres *Cornelio Brugensi* similes, qui tam facile ad ejusmodi inverecunda specimina procedant, veri perquam simile est; Mos enim ille visitandi, plane *Cornelianus*, imo turpior est. Sic Robertus: *In visitatione uterque conjugum & Vir & Mulier, nuda corpora exhibere judicibus*, (ecclesiasticis) *medicis, matronis jubentur.* Deinde: *In ista autem membrorum denudatione, quæ Judice Ecclesiastico decernente fit, illud indignissimum est, cæteras corporis partes, quas honestate permittente, revelare licet, tectas & opertas manere: quas autem natura velut obscœnas celari & abscondi voluit, eas solas nudari & proferri.* Describit deinde Vir gravis modum visitationis: *Puella resupina jacet*, & cætera, quorum pudet. Digniora quæ sunt, ex Cypriano, Ambrosio, Augustino, refert. Item exempla rationesque ad arguendam incertitudinem visitationis & *congressus*, qui fere sequebatur: *Cur ad congressum tanquam ad sacram anchoram recurritur*, inquit, *cum etiam plerumque nulla frigiditatis suspicione, multi casus eveniant, quibus coëundi facultas sistitur & impeditur? Quis dubitat coitum veneficis artibus carminibusque magicis retineri?* quod exemplis prosequitur. *Sed quid solas artes magicas accusamus, cum etiam sine maleficio vires sæpe desiderio non respondeant?* Sed nihil attinet, quæ ab illo magno labore & eloquentia in hanc rem congesta sunt, excerpere. Mirari licet, tantam Fori Pontificii turpitudinem fuisse toleratam, ut ante paucos annos, cum falsitas examinis illius Priapæi, nobili exemplo comperta fuisset, a Senatu Parisiensi visitationem & congressum publicum intelligam esse prohibitum. Tu dices, quomodo igitur lis finietur super impotentia virili? Præsumptio erit pro Viro, si extrinsecus nihil defectus appareat, nec ille fateatur; eademque est contra mulierem, tam propter inverecundiam ejus, quam quod in sacris literis orbitas semper mulieribus, nusquam Viris imputetur: quod argumentum memini celebrem Theologum suppeditare cuidam Philosopho, cum orbitas huic objiciebatur.

15. Igitur impotentia, sive ante pubertatem, sive in ætate virili, nuptiis est impedimento, non æque senectus, quæ licet effœta, nunquam tamen prohibetur, nisi quatenus *Res ipsa vetat*, ut alio sensu Ovidius. Lege Papia Poppæa limitatæ, non prohibitæ erant seniles nuptiæ: Nam Vir sexagenario major, non poterat ducere mulierem quinquaginta annis minorem. Et mulier quinquagenaria, minori annis sexaginta nubere non poterat, ne scilicet aptum proli faciendæ semen inutiliter effunderetur, apud Ulpian. *tit. 16. §. ult.* Sed hanc limitationem sustulit Justinianus in *l. 27. C. h. t.* etsi nuptias decrepitæ senectutis minus esse laudabiles, e rationibus commemoratis non obscure colligi possit.

16. Reliquum matrimonii implementum, in Cohabitatione mutuisque conjugum officiis, in potestate maritali, subjectione conjugis, consistit: Sed his de rebus, vel actum est in *lib. 3. de Jur. Civit. c. 1. & sequ. Ad tit. ff. de His, qui sui vel alieni Juris sunt*, vel agetur *ad tit. de Tutelis*, aut infra *de Divortiis*. Non placet etiam latius agere de matrimonio sanguinis ratione prohibito, * quam est actum *ad tit. Inst. de Nupt.* Præsertim quia caput hoc plena manu executi sumus in *lib. 2. Digress. cap. 14. præced. & seqq.* Ideo de Secundis nuptiis, quod superest, caput absolvemus.

* Jure nostro, præter nuptias Jure divino prohibitas, nuptiæ sine dispensatione illicitæ censentur usque ad gradum tertium lineæ inæqualis; ita ut hic ipse gradus vetitis annumeretur. *Vid. d. Ord. Eccl. rubr. Gen.* von Ehe-Sachen. *Spec.* welchen Personen sich mit einander in Ehe-Gelöbniß einzulassen verbothen. *Corp. Jur. Sax. pag. 273.* De Prohibitione nuptiarum in secundo genere affinitatis, dictum *supra P. I. p. 27.*

DE SECUNDIS NUPTIIS.

I. Secundæ Nuptiæ, non illicitæ, at odiosæ. II. Sanctionum pro liberis prioribus contra secundas Nuptias, prima ex l. 3. C. de Sec. Nupt. *III. An ex tribus conjugiis primi liberi, tertiis præferantur. IV. Quatenus parens binubus de illis bonis habeat testandi facultatem. V. Secunda sanctio ex* L. Hac Edictali. 6. C. de Secund. Nupt. *VI. De Tutela ac educatione matri binubæ adimenda. VII. De usufructu uxori binubæ relicto. VIII. De non revocanda donatione ob ingratitudinem. IX. Pœna secundarum nuptiarum intra annum luctus. X. Casus, quibus cessant pœnæ secundarum Nuptiarum, ubi, an, si conjux defunctus eas superstiti permiserit. XI. Quid si liberi secundis nuptiis consenserint, expresse vel tacite? XII. Jure Canonico* has pœnas non esse *abolitas. XIII. Secus ac pœnæ* festinationis *intra annum luctus, quas & alibi esse abolitas.*

1. Polygamiam Magistri dividunt σχολαστικῶς in simultaneam & successivam. Rectius forte digamiam a polygamia distinxeris: ut hæc sit, quando plures eodem tempore ducuntur uxores, & illa, quando una elata, ducitur alia uxor. Polygamiam esse deteriorem quam singulare conjugium, non tamen nefariam, statuit Grotius *lib. 2. de J. B. & P. c. 9.* Rationes in utramque partem, quæstionisque decisionem, executi sumus in *lib. 2. Digression. c. 16.* quæ nihil attinet repetere. Lector ibi brevem, nec, ut puto, injucundam reperiet exegesin, quæ satis ad hunc locum sit: Pluribus contra profanos contrariæ sententiæ adsertores, egit *proprio tractatu* Vir Rever. D. Meyerus, Harderowicenæ Academiæ Theologus. Digamia, id est Secundæ Nuptiæ, nullo quidem jure prohibitæ, sed odiosæ tamen sunt. Unde Justinianus *felicem & beatam prædicat a Secundis Nuptiis abstinentiam.* Εὐδαίμον καὶ μακάριον, inquit, μένειν ἐπὶ τῆς προτέρης εὐνῆς. *Felix beatumque subsistere in primo cubili.* Hinc idem: *Matre jam Secundis nuptiis FUNESTATA. l. 3. C. de Sec. nupt. E contra viduam, quæ non transit ad secundas Nuptias, pudicitiam suam,* ait *intactam servare.* Conveniunt hæc dicta receptæ Veterum non modo Christianorum, sed etiam Gentilium sententiæ, minus æquæ secundis Nuptiis; qua de re diximus in *part. 2. Digress. lib. 1. cap. 14.* Juris quæstionem absolvunt hæc Apostoli verba: Γυνὴ δέδεται νόμῳ ἀνδρὸς ἐφ' ὅσον χρόνον ζῇ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς. Ἐὰν δὲ κοιμηθῇ ὁ ἀνὴρ, ἐλευθέρα ἐστὶν ᾧ θέλει γαμηθῆναι. *Mulier Lege Viri tenetur omni tempore, quo vivit Vir: At ubi is obdormiverit, liberum est ei cui velit, nubere, 1. ad Corinth. 7. in fin.*

2. Huic libertati Lege civili nihil equidem derogatum est; Sed quia sic fere usu venit, ut Euripides *in Medea,* Παλαιὰ καινῶν λείπεται κηδευμάτων, ut novæ *nuptiæ veterum necessitudinem labefactent,* Beneficia quædam liberorum prioris matrimonii introducta sunt, quas vulgo *pœnas* secundarum nuptiarum, sed improprie, cum rei licitæ nulla sit pœna, appellant: idque etiam inde colligitur, quod nullis existentibus liberis, nihil quod instar pœnæ videri possit, reperitur. Quæ autem respectu liberorum constituta sunt, breviter recensebimus. Primum beneficium est hujusmodi. Quicquid mater iterum nupta, vel Pater digamus, a Primo Conjuge, inter vivos aut mortis causa, immediate, vel per successionem liberorum prioris matrimonii, adepta fuerit, ejus proprietatem per secundas nuptias amittit, usufructu tantum retento, eademque bona post mortem ejus ad liberos ejusdem *matrimonii* pertinent ab intestato, vel quibus ex iis mater ea testamento reliquerit; ad extraneos nullo modo pervenire possunt, *l. 5. C. h. t.* Hoc ita in favorem liberorum prioris matrimonii constitutum, si quando nulli extent liberi, vel omnes sint mortui, cessare, consentaneum est, *in fine d. l. 5.* Proinde tali casu illa bona matri binubæ pleno jure competunt, ut merito in foro servatur, & judicatum est apud Sandium *2. 3. 1.*

3. At sæpe Quæritur, si trium extent matrimoniorum Liberi ex una matre, numquid in eo, quod mulier ex secundo matrimonio lucrata est, primi liberi *æquentur secundis,* & plus juris habeant, quam tertii: quasi in primis cesset odium, quod in tertiis intendatur. Non dixerim; Quia lex vult consulere liberis ejus matrimonii, unde bona processerunt; *alias etiam ex EODEM matrimonio progenitis liberis superstitibus,* habetur in *d. l. 5. §. 1.* & tota Lex agit de certo matrimonio liberisque exinde natis. Quamvis igitur SECUNDÆ nuptiæ ad hunc usum memorentur, dubium tamen non est, quin ad tertias quartasque nuptias eædem constitutiones pertineant. Rittershus. ad *Nov. part. 4. c. 2. in fin.* Cumque benefi-

cia Constitutionum, ad ejusdem matrimonii, unde bona venere, liberos, inquam, spectent, eorumque proprietas his acquiratur, necessarium sit, si mulier post secundas in tertias concesserit nuptias, bona, quibus aucta est e secundis nuptiis, ad solos ejusdem matrimonii liberos pertinere, exclusis tam primi, quam tertii matrimonii liberis: nec enim, ut dixi, pœna repetitarum Nuptiarum est, sed pro liberis beneficium; ac ita *consultus* non semel respondi. Etiam de hoc quæsito; Liberis secundi matrimonii omnibus extinctis, an lucra inde profecta, matre intestata mortua, non æque ad liberos tertii, quam primi conjugii pertineant. Non dubitavi adfirmare, per verba *d. l. 5. in fine:* Liberis ejus matrimonii, quibus Lex consuluit, omnibus extinctis, matrem binubam *in illis bonis plenum proprietatis ut obtinere, & testandi circa quos voluerit, liberam habere facultatem.* Ergo & ab intestato.

4. Quod autem *supra* diximus, matrem inter liberos ejusdem matrimonii de illis bonis testari posse, ei derogatum est per *Nov. 22. c. 25.* quod attinet ad dotem respectu Viri, & donationem propter nuptias respectu uxoris, imo etiam quoad ea, quæ ex ultimis voluntatibus a Viro percepit, *c. 23. d. Nov.* Bonorum, quæ a liberis perceperit, mentionem non facit Justinianus in *d. c. 23. & 25.* Proinde in illis testandi licentia matri relicta videtur. Adde, etiam Patri binubo, nam ad hunc constitutio hæc tota extenditur, *dd. Capp. & l. 5. C. h. t.* Sand. *2. 3. 2.* Enimvero si liberi aliunde quam a priori conjuge parente suo, bonis sunt aucti, id nihil ad hanc Constitutionem, ideoque ad parentem δίγαμον pleno jure transmittitur. *Auth. Ex testamento. C. h. t.* Sand. *d. tit. 3. def. 3.*

5. Secunda sanctio contra parentem δίγαμον est, quod conjugi secundo, Patri vel matri, non liceat inter vivos, aut mortis causa plus relinquere vel donare quam uni ex liberis, cui minimum cessit, prioris matrimonii: Quod autem plus secundo Conjugi relictum fuerit, inter liberos priores dividitur, *l. hac Edictali. 6. C. h. t.* idque videtur esse verum, etsi Conjux binubus in testamento dixerit, se quod abundet ultra modum *l. hac Edictali.* additum velle liberis e posteriori conjugio, per ea, quæ Sandius disputat *d. tit. def. 6.* utcunque alias Parens etiam binubus, hisce posterioribus liberis, plus quam prioribus relinquere non prohibeatur, ut idem docet, ac probat. Cui adde Gailium *2. 82. in fin.* Idque etiam respectu avi aviæque & nepotum statuitur, habita ratione repræsentationis, ut secundo conjugi ne liceat plus relinquere, quam nepotibus pariter sit relictum, *d. l. 6.* Sand. *2. 3. 5.* Qui definitione *præcedente* docet, nihil interesse, τὸ plus illud, in substantia bonorum, an usufructu consistat, facienda computatione ususfructus juxta ætatem conjugis, præscripto *l. 68. Ad L. Falcid.*

6. Tertia pro liberis Cautio est, quod Matri tutela filiorum liberorum, & Educatio quoque adimatur, *l. 2. & Auth. sequ. C. Quand. mul. Tut. off. l. 1. C. ubi pup. educ.* Quod liberorum cura placuisse, patet ex *l. 22. §. Servi etiam. C. de Admin. Tut. ubi:* quod matres binubæ *novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicant.* Quæ ratio satis indicat, hanc seu pœnam, sive cautionem, ad matres, non ad Patres pertinere, cum hi non sint in manu uxorum secundarum, sic ut, hæ maritis sunt obnoxiæ, quod tamen minime perpetuum, imo sæpe contra usu venit. Unde nec moribus hodiernis ea Lex adversus matres, quod attinet ad educationem, servatur. Videbimus *infra* ad *tit. Ubi pupill. educ. vel mor.* Priores duæ sanctiones apud nos servantur, & passim, teste Grœnewegio, qui plurimos citat auctores. Aliter Thomasius.

SCHOLIUM.

Communiter Dd. quoad pœnas secundarum nuptiarum distinguunt inter has, quæ in odium earum, & illas, quæ in favorem liberorum prioris matrimonii repertæ sunt, has vigere putant, non vero illas. Sed notat Brunnem. ad l. fin. C. de Secund. nupt. *moribus plerarumque provinciarum Germaniæ, ad nihil amplius obstringi parentes ad secunda transeuntes vota, quam liberis suis tutores petant & inventarium bonorum conscribant. Nec aliud apud nos observatur, ut arbitror.*

7. Præter has pœnas ad favorem liberorum pertinentes, olim mulier ad secundas nuptias transiens, amittebat usumfructum sibi a marito relictum, isque liberis prioris matrimonii addicebatur, *l. un. C. Si secund. nups. mul.* quod mutatum est *Nov. 22. c. 32.* ubi requiritur, ut maritus id diserte caverit, ne diutius quam ad secundas usque nuptias maneret ususfructus, *Auth. d. l. un. subjecta.* Cæterum, quod Matrona per secundas nuptias amittat dignitatem, quæ a priore marito ei adhæserat, *l. 10. C. de Nupt. Nov. 22. c. 3.* non tam ut pœna, quam ut secundi matrimonii sequela, quatenus mulier nunquam aliter quam ex viri Dignitate censetur, considerandum est, *d. l. 10. l. 8.*

V. Matrem regulariter non teneri, secus ac hodie. VI. Causa & modi dotem constituendi. VII. Quid si dos simpliciter sine quantitate promissa sit. VIII. Expositio & vindicia L. ult. C. de dot. promiss. *IX. Nota vera Dotis ad usum hod. X. Quae res in dote sint, & quo sensu vocetur Universitas. XI. Jus dotis quid a dote differat, & de actione, qua marito datur. XII. De sponsalitia largitate. XIII. De Arrhis sponsalitiis. XIV. De bonis paraphernis. XV. An ab iis Receptitia discrepent. XVI. De rebus propter nuptias donatis,* remiss. *XVII. Moribus fere obsoletas esse dotes. XVIII. Quid jure Frisico. XIX. Donationes propter nuptias obsoleta. XX. Donationum ante Nuptias usus.*

QUantum onus sit honesta familiæ sustentatio, quamque impediti, quibus in re angusta, uxori liberisque prospiciendum, ille Menandri servus de suæ domus agens miseria, satis efficaciter dixit, apud Gell. 2. 3.

Ω τρὶς κακοδαίμων, ὅςις ὢν πένης γαμεῖ,
Καὶ παιδοποιεῖ, ὡς ἔς' ἀλόγιςος ἀνήρ.
O ter infelicem, qui pauper uxorem ducit,
Operamq; dat liberis, quam male ponit calculos!

Ideo Dotes repertæ sunt, quarum præsidio mariti sublevarentur, atque ad ineunda matrimonia invitarentur. Indotatæ enim difficulter maritos inveniunt, Plautus *Aulul.*

Virginem habeo grandem, dote cassam, inlocabilem. Idcirco dotium causa semper & ubique præcipua est: Namque publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas, ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium, ait *Lex 1. Sol. matrim. dos quemadm. pet.* Adde *l. 2. h. t.* Vocatur autem Dos Graece *φέρνη*, bona reliqua mulieris *παράφερνα, unde vulgo Paraphernalia*, id est *Praterdotalia*, de quibus *infra.* Apud Homerum Agamemnon Achilli filiam suam e tribus unam, offert *ἀνάεδνον*, (indotatam, ait interpres *Iliad. I. v. 164.* Male;) *sine sponsalibus donis.* Sic enim Didymus *ad d. vers.* Ἀνάεδνον, ἄνευ ἔδνων. Ἕδνα δ' εἰσὶ τὰ πρὸ τῶν γάμων τῇ νυμφίῳ διδόμενα δῶρα τῇ νύμφῃ. *Ἕδνα sunt qua ante nuptias a sponso dari solent sponsa.* Patet hoc etiam ex eo, quod Agamemnon mox subjicit, Ἐγὼ δ' ἐπιμείλια δώσω. *Ego vero dotem dabo*, quod est Patris. Didymus, Μείλια δ' εἰσὶν, οἷς μειλίσσονται οἱ τῶν νυμφῶν πατέρες τοὺς ἄνδρας, Sunt Μείλια, *quibus Sponsarum Patres viros demulcent.* Προῖκα δὲ λέγει, pergit Didymus, τὴν ἡδέως διατιθεμένην τὰ κατὰ τὴν ψυχήν. *Vocat προῖκα*, quæ vox alias Dotem significat, *dispositionem animi suavem in sponsa.* Hæc de verbis.

2. Definimus DOTEM, quod sit *Donatio quadam, facta marito ad sustinenda onera matrimonii.* Genus placuit *donatio quadam*; Etenim esse eam donationis speciem, vox indicat. Est enim Græca, Δὼς, significans donationem, ut in Hesiodæo illo:

Δὼς ἀγαθή, ἅρπαξ δὲ κακή.
Quam bona Dos est, Tam mala rapacitas.

Cum quo bene convenit, quod antiqui Juris conditores inter donationes, etiam dotes connumerarunt, ut Justinianus testatur in *l. ult. med. pr. C. de Donat. ant. Nupt.* Quia tamen datur ad onera matrimonii sustinenda, & quibusdam necessitas eam dandi injungitur, addenda fuit impropriæ locutionis *nota*, ut in definitione Legati. Finis, qui differentiæ causa adjectus est, *oneris ergo matrimonialis*, est in *l. 56. §. 1. h. & l. 20. C. eod.* Hinc inter lucrativas causas non numeratur, *l. un. vers. Si vero. C. de impon. lucr. descr.* Etsi revera in accipientis *lucrum* vertatur, ut *ibidem* textus. Idem est in *l. 19. de O. & A.* Ex promissione Dotis non *videtur causa lucrativa esse.* Denique *non est illa donatio, cum pro oneribus matrimonii detur, l. 21. §. 1. de Don. int. vir. & ux.* Ideo pro genere in definitione dotis placuit aliis vox *pecunia*, ut post alios D. Wissenb. ad *h. tit. th. 1.* voce *pecunia* latissime sumpta pro omnibus, quæ sunt in patrimonio, *l. 5. de V. S.* Hoc tu e proprietate *onerosa* tuto colligas, maritum ignorantem non teneri actione Pauliana, qua teneretur, si Dos pro lucrativa causa haberetur, secundum *l. 6. §. 11. & l. ult. §. 1. de His, qua in fraud. Cred.* quibus alii jungantur effectus discrepantes ex *d. l. un. & l. 19. de O. & A.* Hoc operæ pretium non est moneri, Esse quidem matrimonii accessorium Dotem, minime tamen necessarium; nec *enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur, l. 11. pr. C. de Repud.* Quo facit, quod multis gentibus sapientibus Dotes improbatæ fuerint, morum causa, qua re nihil decantatius. Loca veterum in hanc rem accumulare, longum ac otiosum esset.

3. Definitionem sequitur divisio Dotis, quæ in summa duplex traditur; Est enim profectitia, vel adventitia. Necessaria, aut voluntaria. Profectitia

fectitia dos est, quæ datur a parente virilis sexus, etsi filiam in potestate non habeat, qua in re differt a peculio profectitio, *l. 5. in pr. & §. 10. h. t.* Dos adventitia vocatur, quæ a matre, vel ab alio quovis datur, *d. l. 5. §. 11. l. 6. C. h. t. l. un. §. 13. C. de Rei ux. act.* Ulpian. *fragm. tit. 5.* Porro, Dos Necessaria est, ad quam pater tenetur, respectu filiæ quam in potestate habet, si prohibeat eam nubere, & dotem dare noluerit, *l. 19. de Rit. Nupt.* Voluntaria, quæ datur nullo jure cogente, ab aliis quam a patre liberos in potestate habente, *arg. d. l. 19.*

Ait autem dicta Lex 19. ex *cap. 35. Legis Juliæ* cogi patrem, si liberos injuria, ducere uxorem vel nubere prohibuerit: prohibere autem videri *& qui conditionem non quærunt:* Hoc autem a verecundia soli seculique nostri abhorret, utique respectu dotium pro filiabus, quibus non patitur decus & pudor, ut parentes quærant conditiones. Necessitas igitur *nostris moribus* tantum habeat locum, si pater filiam impediat, honestasque conditiones, ætate jam matura, repudiet ac avertat. Inde pendet etiam Quæstio, An pater filiam, quæ inscio & invito illo nupsit, dotare cogatur? quam esse quæstionem otiosam ac inertem, cum jure *nullum* sit ejusmodi matrimonium, scribit Wissenbach. noster *ad hunc tit. th. 9.* Respondet tamen adfirmate, vir minime ineptus Mornacius *ad d. l. 19.* At sani sensus ratio, id de filia nubere prohibita & plusquam matura, forte jam annis XXV. majore, vult intelligi; qualem ab avari patris raptam penatibus, esse nihilominus dotandam, a Senatu Parisiensi judicatum, refert *ibidem* Mornacius. Usque adeo intendunt hanc necessitatem Interpp ut si dos data sine culpa filiæ perierit, eam denuo a Patre dotandam censeant, Mornac. ad *d. l. 19.* Fab. *Cod. l. 5. tit. 6. def. 13.* scilicet, si perierit antequam marito daretur, vel ad secundas nuptias; non ita scilicet, ut dos viro data & consumpta, durante eodem matrimonio, reddenda sit.

4. Quod si pater filiam simpliciter in matrimonium collocaverit, nulla dotis promissione facta; potestne cogi deinceps, ut filiæ dotem constituat? Videtur omnino, per *d. l. 19.* ubi Mornacius. Idem Perez. *ad tit. C. de Dot. promiss. n. 10.* Struv. *Ex. 30. th. 7.* Brunnem. *ad l. 22. C. h. t. n. 3.* Quæ tamen limitanda videtur sententia, nisi filia sit locuples; tunc enim cessat ratio coactionis illius satis molestæ: Nam ita plane statuendum est, Patrem non teneri ad filiam locupletem dotandam, *arg. l. 5. §. 7. de Agnosc. & al. lib. & l. ult. C. de Dote promiss.* ubi quæritur, si pater simpliciter Dotem promiserit, utrum ex suis, an filiæ bonis, eam pollicitus videatur: quod otiosum esset, si filiam bonis præditam, dotare cogeretur, etsi obiter paternum officium dicitur esse indistincte, dare Dotem; quod aliunde restringendum. Plenius id probat, ac ab objectis vindicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 8.* Quid si maritus sit locuples? Si duxerit alienam filiam, Patre consentiente, sine conventione Dotis, difficile dictu est, * eum postea cogendi jus habere; cum indotatam sciens duxerit, cessante præsertim ratione juris publici, ut matrimonium familiaque consistere possint, *d. l. 1. Sol. matrim.* Unde si non sit dives gener, & socer sit locuples, non est hærendum, quin etiam postea Dos recte petatur, *ex d. l. 19.* quin nec Auctores supra laudati limitationes illas omnino addunt, Patremque simpliciter teneri, scribunt. Ratio tamen illas exigere videtur, &, nisi fallor, usus illas probaret: maxime cum petitio Dotis ex *postfacto*, nulla promissione facta, prope insolens, & rari usus esse videatur. Quid si pater non senserit expresse, verum tacite passus sit nuptias promulgari, celebrari, numquid tum cogi posset ad dotandum? Si verum est, quod Sandius scribit in *lib. 2. tit. 7. def. 5.* Patrem, qui non nisi tacite nuptiis consensit, non teneri ad usumfructum de bonis adventitiis, reddendum liberis, minus profecto ad dotandum teneri videbitur. Sed de usufructu quidem probavimus contrarium *Part. II. pag. 557.* Proinde cum matrimonium

* Reipublicæ Romanæ intererat, mulieres non esse indotatas, ut in magna hominum nequitia, matrimoniorumque fuga, vel hoc lucro alliciantur mares ad replendam Sobole civitatem, *l. 1. D. Sol. Matr.* In magna etiam divortiorum licentia erat in manu mariti Uxorem, quam spe dotis accipiendæ, absque tamen conventione duxerat, iterum dimittere, quo ipso, ne matrimonia alias bene concordantia dissolvantur, prospiciendum erat magistratui, & cogendus pater. Quæ omnia si quis temere applicaverit nostræ civitati, næ ille magnum erraturus est errorem. In Germania nostra ab antiquissimis temporibus dotem non Uxor Marito, sed Maritus Uxori obtulit, ut Tacitus *in Germ. c. 18.* annotavit. Et postquam Mares hujus juris negligentiores facti sunt, legibus fœminis constitutum est emolumentum, quod vulgo Portionem statutariam appellamus. Licet ex his argumentum contra dotium ab Uxoribus offerendarum necessitatem petere.

eo casu consistat, nulla est ratio, cur dotandi publica necessitas adeo favorabilis, inde, si termini habiles adsint, removenda sit, quam alii quoque Patri, licet dissenserit, injungendam putant; scilicet in locis, ubi tale matrimonium nihilominus subsistit, ut Mornacius ad *d. l. 19.* quod tamen recte negat Perezius ad *tit. C. de Dot. promiss. n. 11.* Nempe si per patrem non steterit, quo minus filiam elocaret.

5. Necessitas igitur dotandi filiam, venit ex patria potestate; Emancipatio filiam removet a sacris Patris, & quasi extraneam constituit. Ideo quia non pater modo, sed avus etiam ratione neptis, quam in potestate habet, tenetur; imo hic solus, quia pater, si is ipse in potestate sit, tum non obligatur, ut patet ex *l. 5. §. 8. h. t.* Perez. *ad d. tit. C. de dot. promiss. n. 13.* Matrem non teneri ad dotandum, sed hujus respectu Dotis dationem esse *voluntariam*, sicut in omnibus extraneis, æque inde manifestum est, & ex *l. 34. h. t. & l. 14. C. h.* quæ docet tamen, esse legibus expressas speciales causas, quibus mater ad dotandum quoque teneatur, veluti si pater sit inops, mater hæretica, *l. 19. §. 1. sed & dotes. C. de Heret.* quæ est Justiniani, cum *d. lex 14.* sit Diocletiani & Maximiani, qui duobus & amplius seculis illo sunt vetustiores: Quænam igitur sunt *causæ Lege specialiter expressæ*, de quibus illi in *d. l. 14.*? Credibile est, hæc verba esse a Triboniano adsuta, ut interpolationes non tantum in Pandectis, sed etiam in Codice ab illo sunt exercitæ. Hotom. *6. obs. 20.* Fratri tanto minus incumbit necessitas dotandi sororem, quanto minor est ejus necessitudo; nec probat secus *l. 12. §. pen. de Administr. Tut.* Tutori enim non modo necessariæ, sed etiam valde probabiles expensæ restituuntur, ut ex ipso illo *§. pen.* videre licet. Verum hic articulus, de necessitate dotandi filiam soli patri incumbente, moribus hodiernis abiit in desuetudinem, onusque illud utrique Parenti incumbit. Cujus mutationis hæc est ratio, quod jure Civili Paterfamilias totum onus familiæ, omne lucrum & omne damnum ferebat, ut dictum ad *tit. D. de Societate n. 3.* Nunc autem in pluribus populis universalis sit bonorum societas inter conjuges; huic autem societati, etiam inter extraneos, imputantur sumptus dotandi sociorum filias, *l. 73. in fin. & l. 81. pro Socio*, ut observat Perezius *ad d. tit. n. 14.* Sed hoc verum est de Societate, qua res omnes, etiam hereditatis, plenissime communicantur, *d. l. 73. in pr.* Non æque de societate simplici omnium bonorum, qua non hereditates, sed ea tantum, quæ ex quæstu & collaboratione veniunt, communia fiunt; Huic enim dotes filiarum non imputari, satis constat *arg. l. 7. & seqq. d. tit. pro Soc.* Quid ergo in iis populis, ubi talis societas Acquæstuum, ut vocant, inter conjuges obtinet, an ibi dotandi onus non erit commune Parentibus? Non est dubium, quin apud nos, & ubicunque Patrimoniis conjugum separatis, lucri tantum & damni communio est, onus tamen dotandi communes filias utrique commune sit, ut hæc pro differentia societatis conjugalis a vulgari, merito habeatur, neque dubitem huc producere, quod alii de societate conjugum universali adfirmant, si pater filiæ simpliciter dotem dare promiserit, eam tamen ex communibus, non ex suis tantum bonis, intelligi factam, veluti suo &, pro uxore, nomine Curatorio. Covarruv. *var. resolut. l. 3. c. 19. n. 3.* Groeneweg *ad l. 14. C. de Jur. dot. n. 1.*

6. Definitionem & Divisionem sequitur *Constitutio* Dotis; circa quam, ut in Dominio acquirendo, causæ a modis distinguendæ sunt. Causæ dotis constituendæ sunt promissiones, tam stipulatio, Ulp. *fragm. tit. 6. de dot.* Caj. *2. Inst. tit. 9. §. sunt & al. obl.* quam pacta simplicia, scripta vel non scripta, quæ jure novo Legitima & vi actionis prædita sunt, *l. 6. C. de Dot. promiss.* qua de re vide observationes quasdam D. Wissenbachii *ad h. t. th. 12.* Modus, quo Dos constituitur, & acquiritur, est Traditio, *§ 40. Inst. de A. R. D.* per quam dominium rerum dotalium in maritum transfertur, non dotis universæ, quæ consistit ex rebus tam incorporalibus quam corporalibus, sed rerum singularium & traditionis capacium, ut prolixe demonstratum est *in lib. 4. Digress. cap. 9.* ubi & de natura Dominii illius, de qua similiter actum *ad tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. n. 7.* Hoc intellectu, potest mulier, aut parens, vel quilibet alius, tantum in dotem dare quantum libet, etsi omnia sua bona dare velit, quod nulla lege prohibetur, *l. 4. C. h. t.* salvo tamen restitutionis in integrum beneficio, si imprudenter consuluerit, tam major quam si minor ætate sit, idque de causis legibus proditis, *l. 9. §. 1. de Minor. l. 6. §. ult. h. & l. un. C. Si advers. dot.* quæ observatio non eget τῶ oppono & respondeo, ut D. Wissenbach. eam inducit, *heic th. 15.*

7. Si dos simpliciter, sine quantitate vel specie rerum promissa sit, an valeat, non levis est controver-

troversia, de qua varias Interpretum opiniones recensere, longum, nec instituti est nostri. Puto hanc esse thesin juris verissimam, *Promissionem dotis, licet incertam, valere*, per rationem Papiniani in *l. 69. §. 4. h. t.* quod dotis quantitas, etsi non expressa, pro modo facultatum Patris, & dignitate mariti, facile constitui possit; secus ac in fundo promisso non demonstrato, *cum inter modum constituendæ dotis, & corpus ignotum, differentia magna sit*; quam rationem cur Antonius Faber, nulla ratione contraria, convertat, mirari liceat, in *l. 5. C. tit. 6. def. 13.* Papinianus rectissime addit, idem juris esse, quanquam de arbitratu promittentis, aut alterius, nihil adjectum sit; hoc enim tacite ab eo, qui dotem promisit, intellectum videtur, *d. §. 4.* ut ab illa adjectione rem male suspendat Perezius, ad *tit. C. d. Dot. promiss. n. 5.* nec id probat *Lex 7. C. d. t. de Dot. promiss.* dum ait; eum, qui dotem promisit, non *addita quantitate*, sed daturum *se quodcunque arbitratus fuerit ipse*, teneri; quid enim magis incertum & arbitrarium esse potest? De uxore, quæ dotem promisit, aliud rescripsit Alexander *in l. 1. C. de dot. promiss.* Si nihil aliud nuptiali instrumento fit adscriptum, *ait*, quam quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiserit, actionem ad dotem constituendam marito non dari. Exceptionem a priore sententia esse dixerim, *si uxor ipsa promiserit*; hac, opinor, ratione, quod bona mulieris non secreta in dotalia & *parapbernalia*, quæ dicuntur, impleto matrimonio simplicia, id est *præterdotalia*, fiant facta, nec id invita illa mutari possit.

8. Non potest heic præteriri *Lex ult. C. de Dot. promiss.* propter scandalum, quod inde capiunt Interpp. de quo vide Groenewegium *ad d. l. ult.* & Wissenbachium *ibid. & th. 10. h. t. Quid obtusius*, ait hic, *& Bœotico ingenio convenientius, quam* quod est in *d. l. ult. dici potest?* ex Hotomanno *Disp. de dotib. c. 3. n. 19.* Videamus, an justa sit hæc reprehensio, tam parum comis in majestatem Cæsaris. In Lege sunt hæ theses. Prima, *Si pater pro filiafam. aut emancipata locuplete, & Patris creditrice, dotem simpliciter promiserit, de suis propriis bonis eam promisisse videtur.* Hoc articulo nihil simplicius, quam ut idem, qui promisit, maxime Pater, de Dote teneatur, cum dotatio ad ejus officium pertineat, ut nec moribus nostris aliter, quicquid Groenewegius ad *h. l. n. 5. & seqq.* obtinere putem, ut putavit & judicavit Camera Spirensis, apud Mynsing. *Cent. 5. Obs. 32. n. 2.* idemque merito statuit Christinæ, *Vol. 3. Decis. 132. n. 14. in fin.* Altera thesis Justiniani; *Quando Pater egenus de suis & filiæ bonis dotem promisit, tota de filiæ bonis debetur.* Nec hoc absurdum; Dotis promissio non debet esse irrita, per *l. 1. D. Sol. matrim.* Proinde habeat effectum, ut potest; Patris nihil habentis respectu, non potest habere effectum: Ideoque ejus qualitas adjectitia est, Curatoria respectu filiæ valet. Duas objectiones habet Wissenbachius; *Mirari hic liceat*, inquit, *judicium Imperatoris*; *ponit. Patrem promisisse dotem ex rebus filiæ; itaque ex alieno liberalem esse, qui de suo esse debebat.* Resp. Quomodo de suo; qui nihil habeat? hoc enim casu solo in filiam incumbit onus. Et cur, quod in ipsius gratiam tendit, jure Patriæ vel curatoriæ potestatis, in ipsam a Lege derivari nequeat? Hoc solum est irregulare in hoc casu; quod Promissio utriusque nomine facta, quæ altera parte est irrita ob inopiam Patris, filiæ soli impingitur. Id autem favori dotis, & juri Patris ipsi filiæ prospicientis, tribuitur. Secunda Wissenbachii objectio: *Ponit, patrem promisisse filiæ, quod jam ante ipsius erat, contra §. Sed si rem. 10. I. de Legat. l. 3. §. 4. de Acquir. poss.* Quid hoc, an dos promittitur filiæ, an heic ejus sit proprium, quod jam erat ipsius? Nihil minus verum: Promittitur marito, *l. 5. C. de Dot. prom.* nec usquam aliter; maritus idem fit dominus Dotis, sive rerum dotalium, non filia durante matrimonio, ut *alias* dictum, & *modo* repetitum est. Tertia *thesis* Justiniani; *Quando Pater locuples suo & filiæ nomine promisit dotem, de suo tantum eam præstare tenetur.* Hoc aliquid amplius τῦ παραδόξυ habet, non tamen est παράλογον. Wissenbachius: Imperator *onus dotandæ filiæ transfert in solum Patrem, quod vi promissionis factæ commune esse debebat.* Resp. Justinianus derogat Patri locupleti jus dotandi filiam ex filiæ bonis; Censet æquum, si Pater dotare velit, de suo id ut faciat, filiæ vero de suis bonis, arbitratu proprio, dotem dare vel non dare permittat; quod iterum in favorem dotis, & ad ampliandam ejus facultatem introductum, utique sine convitio saltem tolerari, censuræque tam theoninæ parci potuisset. Non nego tamen, simplicitati juris convenientius esse, quod Leo Cæsar statuit in *Nov. 21.*; Si pater communi nomine dotem promiserit, de utrisque bonis, si extent, eam esse præstandam, idque moribus hodiernis ita servatum iri, non videtur esse dubitandum. Quo minus autem

autem reliqui duo casus, ita, quemadmodum a Justiniano definiti sunt, observentur, nihil obstare videtur. Denique non modo super dote, sed etiam de donatione propter Nuptias, *d. Lex ultima* in eum modum, quo diximus, constituit. De hac autem nos inferius.

9. Ex prædicta *l. ult. & l. 1. C. de dot. promiss.* satis liquet, si Dos promissa vel tradita non sit in hunc modum & finem, ut si donatio quædam pro sustinendis oneribus matrimonii, adeoque ut DOS sit, bona mulieris non esse dotalia, sed *paraphernalia* quæ dicuntur. Cum enim promissio & Traditio ad certum finem, sint res facti, quæ non præsumuntur, sed probari debent, *l. 7. §. ult. de Curat. fur. l. 13. §. 3. de Public. in rem act.* manifestum est, Dotis dationem aliter non intelligi, quam si facta probetur, nec aliter usum habere privilegia Dotis. Gail. *2. obs. 82. n. 2. & seqq.* Fab. *5. Cod. t. 7. def. 18.* Sand. *2. tit. 2. def. 2.* Wissenb. *ad h. t. th. 14.* Nec tamen hujus finis expressio, vel titulus Dotis, ad constituendum jus Dotale sufficit; si bona marito non dentur, ut dominium & ususfructus ad eum pertineant, quemadmodum ad dotis essentiam requiritur, *l. 13. §. 2. de Fund. dot. l. 20. C. de jur. Dot.* Quare cum mulieres Pactis nuptialibus sibi rerum suarum non modo dominium, sed & administrationem reservant, & nihilominus dotale jus stipulantur, ea re nihil agi, nec privilegia dotis acquiri, maxime in præjudicium tertii, sæpe *Consultus* respondi. Quod autem dixi, promissam vel traditam esse oportere Dotem; non est divellendum, quasi dos promissa non tradita, pro vera dote habenda esset. Etenim promissio, vel cautio sola, dotem non facit, *l. 1. C. de dot. caut. non numerat.* traditio, numeratio illam demum in actu atque in esse constituit, *d. l. 1. d. l. 13. §. 2. & l. 14. §. pen. C. de Fund. Dotal.* Dotem igitur promissam vel traditam diximus, quæ vel promissione prævia, vel sine pactione præcedente, in hunc finem specialiter tradita est. Cui sententiæ nihil obstat, quod Dos sæpe dicitur cauta, promissa, ut facile intelliges, & explicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 6.*

10. Ex eo, quod toties diximus, Dotem promitti, caveri, tradi, numerari, facile colligimus, hac voce res ipsas in dotem datas intelligi, *l. 9. §. 2. h. t.* quæ dicitur Universitas in *l. 1. §. 4. de Dot. præleg.* comprehendens omnia, sive cujusvis generis res, quæ in Patrimonio esse queant, mobiles, immobiles, incorporales quoque, ut ususfructus, *l. 66. h.* Actiones & nomina, *l. 2. C. de O. & A.* quibus ipse quoque maritus uxori sit obstrictus, *l. 77. h. t.* ubi docet JCtus, ut dominia rerum in dotem datarum transeant in maritum, ita jus crediti in eundem penitus transire; Ideoque mariti debitum in dotem ipsi datum, confusione extingui, nec usuras ideo dotales censeri, quia nullæ sunt, ubi sors nulla; secus quam si nomen alienum in dotem sit datum; hoc enim manet *nomen* sive creditum, & usuræ manent, augentque dotem, si pariter in dotem sint datæ, *l. 67. §. 1.* Nam alioqui Sors in dote est, usuræ marito cedunt, *d. 7. l. 77.* quemadmodum ususfructu in dotem dato, si aliud actum non sit, jus ipsum est in dote, marito cedunt fructus, *l. 7. §. 2. de Jur. Dot.* quod secus esse, quando bona simpliciter in Societatem conjugalem inferuntur, diximus ad *tit. D. Pro Socio. n. 9. in fin. & n. 10.* Quamvis autem Dos recte Universitas dicatur, noli tamen putare, Dotem ejusmodi universitatem esse, qualis est Hereditas, ut unum jus in Re constituat, unamque pariat in rem actionem universalem. Talis in Jure nulla est prodita; Rei uxoriæ, vel ex Stipulatu actio de dote universa, in personam est, *l. un. C. de Rei ux. act.* In rem, quæ datur marito, de singulis rebus competit, *l. 6. C. de R. Vind.* plane sicut Patrimonium est universitas rerum, quæ in cujusque bonis sunt, nec tamen est unum jus in Re, quia nulla ex eo in rem actio universalis nascitur; ita viam veritatis ignorare, qui jus Dotis universale jus in Re esse volunt, accurate probavimus in *præd. lib. 4. Digress. cap. 9.* Hoc interim tenendum, Universitatem dotis esse vel inæstimatam, vel æstimatam. Priore sensu denotat res omnis generis, *d. l. 9. §. 2. h.* quæ finito matrimonio uxori eodem numero & statu, quo durant, restituuntur, eique fiunt meliores aut deteriores, *l. 10. pr. & seqq. h. t.* Universitas æstimata, constat vel certa quantitate pecuniæ, v. gr. decem millium aureorum, vel rebus omnigenis pecunia æstimatis, ut ejusmodi summam efficiant. Atque hoc casu maritus non ad res, sed pecuniam illam tenetur restituendam; ideoque periculum singularum rerum ad ipsum pertinet, *l. 5 & l. 10. C. h. t.* quo respectu Viro magis expedire dicitur, ut res ne sint æstimatæ, *l. 10. in pr. h. t.* atque de tali Universitate æstimata capiendum, quod impensæ dotem ipso jure minuere dicuntur, in *l. 5. pr. de Impens. in rem dot.* qua de re *inferius in loco* dicendum.

11. Hinc etiam intelligi potest, quid *Jus dotale*

tale differat a *Dote:* Non ita ut Jus Dotale significet JUS IN RE, quod maritus habeat in res universas dotales, quam opinionem refellimus in *d. Cap. 9. lib. 4. Digress.* verum Jus dotis *in hac Rubrica* significat facultatem, qua res dotales ad maritum pertinent. Si cauta vel promissa sit, habet actionem personalem ad dotem a promissore petendam, quæ est ex Stipulatu, si stipulatio intervenerit, sive Condictio certi, *pr. I. de V. O.* vel est condictio ex Lege, si pactum intervenerit, ex Lege *6. C. de Dot. prom.* Quando autem Dos est tradita, maritus habet Dominium in rebus corporalibus, *ut dictum*, & pro illis rei vindicationem, *l. 9. C. h. t.* Si ususfructus sit, habet actionem Confessoriam, *d. l. 67. §. 1.* juncto *§. 1. I. de Action.* Si actio vel obligatio, maritus habet utilem actionem adversus debitorem, *l. 26. de O. & A. l. 71. h. t.* Proinde si annuum quid in dotem promissum fuerit, actio quotannis, hoc est, initio cujusque anni, dabitur, ut ad *tit. de Annuis Legatis* videbimus. Non infrequens hac de re Quæstio est, an cum socer genero ad *sustinenda onera matrimonii* certam pecuniæ summam quotannis promiserit, hæc etiam, uxore liberis superstitibus mortua, peti possit. Pro affirmativa facit, quod liberi sunt onera matrimonii maxima, & quod Promissio annui sit perpetua, ac ad heredes transitoria, *l. 16. §. 1. de V. O.* cui accedit, quod Dotes, ut in Foro servatur, ad liberos mulieris indistincte pertineant. Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 5.* Verius tamen est, post mortem mulieris in hac specie non dari petitionem, cum effectu; Quia finito matrimonio, promissionem quoque ad onera matrimonii sustinenda finiri, necesse est, cum fine matrimonio Dos esse nequeat, *l. 3. h. t.* Unde patet responsio ad primam rationem. Secunda ratio vera est, in promissione Annui simpliciter facta, *d. l. 16. §. 1.* non æque in ea, quæ se refert ad certum finem & statum, qualem hanc esse vidimus. Idem ad tertiam rationem tenendum. Atque ita Supremæ Curiæ visum est, *in causa Dris Jacobi Reecalf &c. contra P. H.* ante Pentecost. 1680. An ex dote non annuatim, verum una pensione promissa, mortua sine liberis uxore, detur actio genero, videbimus *infra.* Habes apud Sandium *d. lib. 2. tit. 2. def. 6.*

12. Satisfactum est Rubricæ, de Jure Dotium; quod antequam cum Moribus, ut est ratio nostra, conferamus, adfinia Dotibus jura bonaque, in Jure cognita, recensebimus. Sunt autem hæc; Sponsalitia largitas, Paraphernalia, Receptitia bona, & donatio propter nuptias. Sponsalitia largitas, est donatio, quam facit Sponsus Sponsæ, vel hæc illi, quod raro evenire, dicit Justinianus in *l. 16. C. de donat. ant. nupt.* Fit autem hæc vel pure, vel sub conditione. Pure, quando *liberalitatis gratia* Sponsus *aliquid dat, ut confestim fiat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit, l. 1. §. 1. de Donat. Confestim*, ante diem nuptiarum; Quod enim ea lege Sponsæ donatur, ut tunc dominium ejus adipiscatur, cum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est, *l. 4. C. d. tit. de Don. ante nupt.* propter vetitas inter virum & uxorem donationes, de quibus *infra.* Hujus igitur puræ donationis hic est effectus, quod dominium statim transferatur, nec deinde revocetur, *l. 12. C. eod.* Si videlicet hoc diserte sit adjectum, ne ullo casu revocetur, *dd. ll.* nec id puto novis constitutionibus esse mutatum, etsi aliter Perezius *ad d. tit. n. 10* Sub conditione quæ fit donatio, vel expressam, vel tacitam habet conditionem. Expressa conditio, quæ regulariter *alias* est suspensiva, in hoc negotio non nisi resolutiva esse potest, per ea, quæ modo ex *d. l. 4.* diximus, Nempe sub lege, *nuptiis non secutis, ut res* auferatur, *d. l. 1. §. 1.* Quin imo hæc conditio tacite semper inest his Donationibus, ut si Sponsa vel ejus parentes, nuptias impediverint, Donata restituantur, *l. 15. d. tit. C. de Donat. ant. nupt.* Idem est, si, morte nuptiæ præveniantur, nisi sponsus osculo interveniente Sponsæ donaverit; hoc enim casu dimidia pars donationis manet penes sponsam, *l. 16. eod. tit.* idque ita, nisi aliter expresse convenerit, *l. 7. eod.* Idemque locum habet in dote, quæ data est mulieri nondum per ætatem habili ad matrimonium, *l. 8. de condict. caus. dat. non sec.* Cujus legis argumento apud Sandium Curia nostra judicavit, donationem ante nuptias factam, non modo revocari, si matrimonium plane secutum non sit, verum etiam, si per mulierem steterit, quo minus *tam diu duraret, donec divina providentia matrimonium morte alterutrius, naturali cursu, dissolveretur.* Consequenter heredes mulieris, quæ nuptiis concubitu impletis, strepente adhuc Hymenæo, se odio viri suspenderat, non habere petitionem rerum, sponsæ nuptiarum causa donatarum, *lib. 2. tit. 2. def. 1.* Textus ille quidem *d. l. 8.* ita non fert, nec alibi legere memini, sponsalitiam largitatem matrimonio semel impleto, propter divortium, vel finem conjugii alterius culpa evenientem, revocari, quin contrarium e texti-

textibus prædictis, qui de repudio, vel morte ante nuptias impletas, specialiter loquuntur, colligendum videtur; etiam vero ex *l. 64. de Don. int. vir. & ux.* Perez. ad *d. t. C. n. 14.* In judicando tamen, a sententia Curiæ recedere nolim. Alia enim est ratio veteris divortiorum licentiæ, & alia sanctitatis matrimonii Christianæ, secundum quam non est dubium, quin a partibus id actum sit, ut ad mortem usque in officio conjugali perseverarent. Proinde si quando contra id, quod ex natura negotii actum erat, mulier commiserit, donatio hac gratia facta merito infringetur. Ex eadem ratione censui aliquando, negari posse mulieri ante nuptias donationem promissam, ex eo, quod odio viri, ad hujus usque mortem pertinacissime corporis sui copiam, τὴν ὀφειλομένην εὔνοιαν, quam verecunde vocat Apostolus, ei, quod satis constaret, pernegaverat.

13. Cæterum sponsalitiæ largitatis partem, facere videntur Arrhæ sponsalitiæ, si nuptiæ sint secutæ: Si non sequantur, redeunt ad dantem nisi per eum steterit, quo minus sequerentur,* *l. 3. C. de Sponsal.* quod intelligendum de sponsalibus, mutuo consensu perfectis: Nam si Arrha detur a viro mulieri non adstipulatæ, sed deliberaturæ, ut apud nos fit, cum hoc casu Vir etiam pœnitendi & revocandi jus habeat, ut ad *tit. de sponsal. n. 13.* probatum est, Arrham quoque repetendi jus habere videtur, *arg. d. l. 3.* quod refer *ad d. loc. de Sponsal.* Quid autem? An arrha non redditur sponso nuptiis secutis? vel imputatur in summam propter nuptias donatam? An vero mulier habet eam præcipuam, ut seorsim donatam? Ita apud nos servatur, usu & Sandio teste, *2. 2. 8.* Sentit autem, hoc a jure civili discrepare, secutus Auctores laudatos. Sane de Arrha ab emptore data ita juris est, ut in pretium computetur. Sed nescio, an arrhæ sponsalitiæ diversa non sit ratio, ob affectionem naturamque negotii. Probat *d. l. 3.* quæ vult arrham restitui, *si sponsus vel sponsa decesserit ante* nuptias: Ergo si postea moriantur, manet, ut quidem videtur.

14. Hæc non nisi ante matrimonium fiunt; Dos etiam postea constituitur, vel augetur, *l. 19. in pr. d. tit. C. de Don. ant. nupt.* Quæ bona non dantur in dotem, ea sunt, ut vulgo communiter distinguunt, paraphernalia. Priora sunt, res simpliciter extra dotem constitutæ, ut vocantur in *l. pen. pr. D. ad L. Falcid.* quæ maritus administrat, verum ita, ut uxori rationes reddere debeat, *d. pr.* Cui etiam liberum est, prohibere viro administrationem, *l. 8. C. de Pact. conv. sup. Dot.* Quod si mulier viro cautiones sive nomina tradiderit, ut loco paraphernorum apud ipsum maneant, idque dotali instrumento fuerit adscriptum, videtur accepisse mandatum exigendi, non modo usuras, ut in rem uxoris & suam eos convertat, sed etiam sortes ipsas, uxori tamen reddendas, quæ nec suum tacitum mandatum revocare prohibetur, & per alios exigere pecunias, *l. ult. eod. tit.* Quin etiam paraphernalia bona marito ita possunt tradi, ut in dominium ejus transeant, finitoque matrimonio non vindicentur ab uxore, sed condicantur ut alienata, neque tamen dotalia fiant, quoniam hoc animo data non sunt, *l. 9. §. 3. D. de Jur. Dot.* Cui puto consentaneum esse, quod etiam ante finitum matrimonium, a muliere condici & repeti possint, per *d. l. 8. & ult.* Verum quæ simpliciter in domum mariti ab uxore inferuntur, etsi hic chirographo sit confessus se accepisse, tamen eorum non fit dominus, sed Depositi vel Mandati tenetur, ut *in §. 3.* docetur.

15. A paraphernis bonis Receptitia distingui solent, vereor ut recte: Magis enim est, ut quæ olim Receptitia dicebantur, deinceps παράφερνα vocata fuerint. Receptitia quidem diverso a paraphernis sensu in Jure non reperiuntur. Dos quidem Receptitia dicitur, sed alio sensu, quatenus qui dotem dat, a Viro stipulatur, eam sibi post mortem mulieris redditum iri, *l. 31. §. sed & dos. D. de Mort. caus. don.* sed apud Gellium ipsa, ni fallor, parapherna vocantur Receptitia. *Quando mulier*, inquit, *dotem marito dabat, tum quæ ex suis bonis retinebat, neque ad Virum transmittebat, ea recipere dicebatur, sicut nunc quoque in venditionibus, quæ excipiuntur neque veneunt*, recipi dicuntur. *lib. 17. c. 6.* quod etiam in legibus nostris frequens, ut probat Brisson. *de Verb. Signif.* verb. *Recipere*. Videmus, apud veteres bona uxoria fuisse vel dotalia, vel receptitia; Recentiori jure, dotalia vel parapherna. Vel dic ita, Græce bona mulierum sunt φέρνη vel παράφερνα, Latine dotalia vel receptitia. Ferme tamen ita servatur, ut quæ bona mulier extra dotem ad se recipit, neque viro administranda permittit, hæc *Receptitia* appellentur, ut tamen esse parapherna, satis ex *supra dictis* intelligatur.

* Quo casu nocentis arrha ab innocente retinetur, aliquando etiam, ex moribus nostri etiam fori, Consistorio vindicatur. Conf. Ill. Mencken. in *Theor. & Prax. D. p. 731.*

16. Ab

16. Ab his omnibus differunt bona propter Nuptias donata, * de quibus occupatum est agi *ad Inst. tit. de Donat. n. ult.* Olim ante Nuptias donatio vocabatur, quia tantum ante matrimonium impleum fieri poterat. Postea receptum est, ut tam ante, quam post nuptias constitui, vel augeri posset; unde communi voce, ***propter nuptias***, designatur. *§. pen. d. tit. I. de Donat. l. pen. C. de Don. ant. Nupt.* Vocatur ἀντιφέρνη, quasi *reciproca Dos*, quia datur Uxori a marito in vicem & in securitatem dotis, eo sensu & effectu, quo vidimus ad *d. tit. Inst.* Adde Perez. ad *pr. d. tit. C. n. 16.*

17. Hactenus ex Jure Civili. Moribus hodiernis hæc instituta magnam accepere mutationem, per societatem, quæ est inter Conjuges omnium bonorum, sive universalem, sive lucri damnive duntaxat. Namque ubi maritus ipso jure fit Dominus dimidiæ partis omnium bonorum uxoris, & uxor ejus iterum fit consors omnis illius substantiæ, ibi nullus est usus secernendæ dotis ab aliis bonis. Quod si communio bonorum excludatur, ut apud nos Statuto, apud Batavos plerumque pacto nuptiali, salva tamen communione redditus, nec sic quidem Dos usum habet notabilem: Quid enim plus illa præstat in eventu quam usumfructum; si quidem finito matrimonio, redit ad mulierem ejusve heredes, ut *infra* videbimus? Inter quos igitur ususfructus omnium rerum communicatur, his causa nulla est, Dotem a reliquis bonis secernendi. Atque adeo inde factum est, ut dotes ubique fere Gentium in desuetudinem concesserint, teste Gudelino *de jur. noviss. l. 1. c. 8. vers. Ceterum.* Grot. *Introduct. lib. 2. part. 11. n. 12.* Grœneweg. *ad. l. 1. C. de jur. dot.* ubi excipit casum, ***nisi pactis antenuptialibus ab illa communione omnino recessum atque ad jus Romanum reditum sit:*** quod tamen raro accidit, ut communio redituum excludatur. Si contingat, & mulier certa bona, vel pecuniam viro det ad sustinenda matrimonii onera, hæc vera dos instituti fuerit Romani.

18. De Jure Frisico scribit Sandius, Rerum quidem Dotalium fructus non solius mariti, sed ipsius & uxoris esse communes, inde tamen minime sequi, omnia dotium jura & Privilegia in Frisia cessare: Proinde mulieres heic Dotis nomine habere hypothecam in bonis mariti, jus prælationis inter creditores ejus, aliaque privilegia, nominatim Statuto non sublata, *lib. 2. tit. 2. def. 2.* Quæ sunt vera, si id actum sit ut Dos constituatur; Dote specialiter non constituta, Dotis jura quoque cessare, necesse dictu est. Ut autem Dos constituatur, fieri posse non nego, fieri solere non puto, nec scio, an unquam factum viderim. Mulieres bona sua ***inferunt*** ad maritum, a quo prudentiores chirographum accipiunt, quo fateatur quid acceperit, quid uxor ***intulerit***, idemque de mariti bonis Uxor aliquando præstat & profitetur. Hæc bona utriusque appellant ***Inbreng***, hoc est ***illata*** bona. Sic autem juris est, bona, quæ conjuges simpliciter fatentur se ex invicem INTULISSE, parapherna, non dotalia sunt, ut docet Ulpianus in *d. l. 9. §. 3. h. t.* idemque probat Sandius *d. def. 2. vers. At quæstionis est.* Et quidem hæc ratio, quando mulieres sunt ὁλόκληροι, ***besturven***, ita ut omni patrimonio suo potitæ sint, nunquam fere non servatur. Cum enim maritus ipso jure administrationem & usumfruct. habeat omnium uxoris bonorum, cui bono, inquam, Dotis sequestratio, quod ad mariti usum attineat? Major ejus usus esse queat, si Pater uxoris, aut alius, mulierem dotaverit: Tunc enim hæc bona seorsim per se consistunt & speciem Dotis facilius recipiunt. Tamen etsi plerumque, si non semper, ita fiunt hæ donationes, ut ad mulieres dirigantur: Pater profitetur, se filiæ suæ, Amicus se sponsæ, respectu matrimonii ***tantum*** dare, ***een medegifte aen de Bruidt.*** Hactenus Dos non est, quam esse pecuniam marito datam, *supra* intelleximus. Mulieres ejusmodi Donationes sibi factas, dein ad viros ***inferre*** solent, ac ita παρὰ φέρνην, non nisi jure paraphernorum censeri possunt. Verum tamen est ac certum, posse mulierem aut Patrem ejus, constituere Dotem, ***viroque*** dare, tanquam ***Dotem***, ut hoc nominatim exprimatur: neque tum privilegia Dotium in illis non valebunt, eaque re mulieres sibi recte consulerent, quæ sim-

* De donatione propter nuptias, actum fuit superius ad *lib. 20. tit. 4.* de muneribus nuptialibus, quæ forte noviter nuptis ab amicis offeruntur, hoc loco observare licebit, ea apud nos regulariter utrique Conjugum æqualiter cedere. Carpz. *P. 2. C. 22. def. 1.* Richt. *de Success. Int. Sect. 4. membr. 3. n. 52.* nisi forte inter conjuges eorumve parentes aliud convenerit. Si tamen, post mortem mariti, dona nuptialia non amplius extent, viduam eorum æstimationem petere posse, negat *Dec. El. 51.* ad quam vid. Phil. *Obs. 2.* Secus olim visum fuit Carpz. *P. 3. C. El. 22. def. 6.* conf. *supr. P. I. p. 414.* ubi in donis nuptialibus, dotis loco datis, aliud obtinere, fuit monitum.

plici illatione in domum mariti amittunt illud nobile exigendi ante alios creditores privilegium: qua re fit, ut innumeræ matronæ suis patrimoniis evolvantur, quæ Dotis contractu cum viris celebrato servare potuissent; atque etiam illo casu, etsi reditus, ut moris est, sunt communes, nihilominus res forent Dotales, quemadmodum jure Civili parapherna esse non desinunt, etsi reditus usùsque rerum ad virum transferatur, *sæpe dicta l. 9. §. 3. h. t.* Sand. *d. def. 5. a pr.* Hoc igitur teneant, qui filiabus privilegiis Dotalibus consultum volunt, ut maritis nomine filiæ dent dotem, & reliqua servent, quæ servanda esse diximus.

19. Sublatis ex usu populorum promiscue Dotibus, Donationes propter nuptias ex instituto juris Romani pariter desierunt: * Quippe Dos reciproca, *ἀντιφέρνη*, quæ unice in vicem & securitatem Dotis a marito dabatur uxori, dote nulla, tanquam relatum correlato extincto, usum & facultatem amittit. Argumentumque dotium apud nos quoque *de facto* desuetarum præbet hoc, quod certissimum est, Donationis propter nuptias, quam Vir faciat uxori, ut soluto matrimonio ad ipsum redeat, ejusdem cum dote quantitatis & qualitatis, nulla esse vestigia apud nos, aut in ullis, quod existimem, populis. Sed ut hodie res habet, Donationes propter nuptias sunt peculia, quæ tam viro, quam uxori dantur, a parentibus aut ab aliis, ad onera matrimonii communiter sustentanda, quæ manent proprietate, singulorum quibus data sunt, usufructu in rem communem cedente, administratione penes maritum collocata, in cujus bonis uxor habet tacitam hypothecam, tam ex *l. 20. C. de Admin. Tut.* quam ex *l. f. C. de Pact. sup. dot.* Hujusmodi peculia respectu mulieris pro paraphernis habentur, *d. l. 9. §. 3. h. t.* quamquam ubi dotes *φέρνας* actu non existunt, nulla quoque *παράφερνα* intelligi possunt: adeo ut tunc uterque conjux idem jus in suis peculiis habeat; nisi quod mulier ratione administrationis a viro exercitæ, præcipuo jure hypothecæ gaudeat, ut diximus. Hoc observare licet: mulierem ante impletum matrimonium pacisci posse, ut omnia, vel quædam bona sibi retineat, neque maritali committat administrationi; Cujusmodi Pactum esse licitum, videbimus ad *tit. de Tutel.* & judicari potest ex iis, quæ de societate conjugali pacto cessante, diximus ad *tit. de Soc. n. 12. P. II. p. 967. sq.* Talia matronarum bona vetustatis imitamento, *Receptitia* recte appellabuntur.

20. Quod attinet ad donationes ante Nuptias, sive sponsalitias largitates, hæ parum, ut in Jure sunt proditæ, supraque de illis egimus, ab usu temporum abludere videntur: nisi quod osculi distinctio, quæ est in *l. 16. C. de Donat. ant. Nupt.* nostris moribus haud attenderetur; quoniam usus eorum nostratibus adeo tralatitius est, secus ac Italis, ut nullum inde notabile discrimen deduci queat, ut recte Grœnewegius fuse ad *d. l. 16.* Igitur quod Nuptiarum causa sponsus donavit sponsæ, hac ante nuptias mortua, repeti potest, *l. 15. C. d. tit.* Idem juris est, mortuo sponso, tam in *jocalibus* ita dictis, quam in prædiis aliisve rebus majoris momenti, *d. l. 15.* Impleto autem matrimonio, tam Arrha sponsalitia, quam donatio ante nuptias pleno jure fit manetque mulieris aut mariti, a quo accepta sit donatio, Sand. *d. lib. 2. tit. 2. def. ult.* Grœneweg. ad *l. 16. n. 9.* Impletum autem matrimonium hac parte censetur, ubi publice promulgatum & celebratum fuerit; etsi forte concubitus necdum secutus sit, modo non procaciter negatus fuerit, *arg. l. 24. C. de Nupt.* Grœneweg. *ibidem, & quos ille citat.*

21. Est in usu temporum aliud genus Donationis propter Nuptias; qua Vir Uxori in casum viduitatis, bona quædam usufructu tenus, aut reditus certos adsignat & constituit, unde se post mortem mariti tueatur, quod vulgo solet adpellari *Morganatica*, voce deducta a *Morgengabica*, Germanicæ originis, quasi *Morgengabe*; quia mane ab impletis concubitu nuptiis fieri solebat, ut Calvinus in *Lexico.* D. Wissenbach *ad h. t. in pr.* auctoresque ab eo laudati. Est idem quod vulgo Dotalitium, Gallico *Doûaire.* Unde vidua talis, Dotalitia, *Doûariere*; plerumque hodie fit ante matrimonium, & usum habet inter magnates hominesque valde copiosos, uxoribus haud æque dotatis. Donationes matutinæ, *Morgengaben*, hodie magis in jocalibus, ait Grœneweg. *ad d. l. 16. n. 16.* consistunt, etsi melius & hæc ante nu-

* Sollicite adeo distinguenda est Donatio propter nuptias Romanæ legis, in dotium securitatem inventa; & Donatio propter nuptias morum nostrorum, die so genannten Gegen-Vermächtnisse, quæ sunt dotes Germanicæ, dotalitia, dotaria, *Doûaire*, Hypobola, de quibus ipse Auctor infra §. 21. Distinguas tamen a dotalitio, *Morganaticam Morgengabam*, donum matutinum, de quo vide Ill. Gundlingium *de Emtione Uxorum, Dote & Morgengaba c. III.*

ptias dentur. In summa aliqua pecuniæ, præsentibus nummis aut per chirographum, ejusmodi Morgengabas primo mane post impletas nuptias committi, meminimus, eæque sustinentur contra sententiam Juris Romani, qua donatio post deductionem in domum facta, non valet, *l. 6. C. de Donat. ant. Nupt.* Grœneweg. *ibid.* Est adhuc tertium genus *Morgengabæ*, quod *Hypobolum* Græci vocant, quando maritus uxori post mortem suam adjicit aliquam pecuniæ summam, vel bona quædam, ipsi in casu viduitatis, danda supra dotem; quasi accessio Dotis: unde ὑπόβολον, παρὰ τὸ ὑποβάλλειν, ab *adjiciendo*, quasi fructuum ex dote perceptorum causa. Vide Cujacium *5. obs. 4.* Quibusdam in locis ex Statuto ejusmodi hypobola debentur. Apud nos omne hoc institutum satis est incognitum; nisi quod uterque conjux superstiti aliquid de suis bonis adsignare solet donativi, quod hypoboli instar haberi potest.

Tit. IV.

De Pactis Dotalibus.

I. Pacta dotalia quæ licita, aut secus. II. Præcipua pactorum dotalium materia, remissive. III. Pacta nuptialia quænam, & eorum materia. IV. Quæ bonis moribus adversentur. V. Quæ natura negotii; ubi de pactis successoriis. VI. Forma hujusmodi pactionum. VII. Effectus eorundem.

Sicut Pacta dant Legem contractibus, *l. 23. de R. J.* Ita dotium jura Pactis regebantur. Expedit autem distinguere Pacta Dotalia, quæ proprie sunt hujus Rubricæ, & Pacta Nuptialia. Nam priora, dotibus fere sublatis, exiguum habent usum: Posterioribus nihil est frequentius. Nos Rubricæ prius satisfaciemus, initio a Regula facto, quod *Pacta super dote valeant, quæ non prohibentur.* Et primo quidem prohibentur, quæ mulierem faciunt minus dotatam, ex ratione *l. 2. de jur. Dot. l. 1. D. Sol. matrim.* Cujusmodi pactum est, ut minus exigatur a muliere, quam maritus accepit, *l. 5. in pr. h.* ne maritus de culpa circa res dotales commissa teneatur, *l. 6.* ne morte mariti soluto matrimonio, dos ad uxorem redeat, *l. 2.* ut repetitio dotis in diem ulteriorem differatur, *l. 16.* Cum qua non pugnat *Lex 10.* quæ nec eget emendationis. Tu vide Wissenbach. *ad h. t. th. 21.* Ut maritus uxori fructus, ex fundo in dotem dato perceptos, loco fundi restituat, *l. 4.* Quod si convenerit, ut maritus & fundum & fructus reddat, non valet pactum, quia naturæ dotis est contrarium, ut dos sit sterilis, quæ ad onera matrimonii sublevanda datur, *d. l. 4.* Eadem ratione non valet pactum; ne maritus impensas necessarias repetat, *l. 5. §. ult. h.* Denique, ne pacta Dotem melioris aut deterioris conditionis, quam est donatio propter nuptias, faciant, cautio est jure novissimo, *l. 19. & Auth. sed jam. C. de Don. ant. Nupt. Auth. Æqualitas. C. de Pact. sup. dot.*

2. Præcipua vero pactorum dotalium materia, circa restitutionem Dotis, soluto matrimonio, consistit, de qua passim in *hoc titulo* agitur. Sed antequam hæc res perspicue explicetur, scitum oportet, quid juris sine pacto, sit in repetitione dotis, & dein, qualis per pactum mutatio introduci queat. Prior autem articulus expectat nos apud titulum: *Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur.* Ibi commodissime & hoc, quando vi pacti dos petatur, considerabimus. Heic interim solum ponemus, eum, qui dat dotem pro muliere, quælibet pacta recte adjicere, modo id faciat in continenti, sive extraneus, *l. 2. §. 1.* sive pater sit, *l. 7.* Ex intervallo autem, quia Dos & jus repetendi quæsitum est mulieri, non aliter huic quam si consentiat, præjudicari potest, ut latius in *d. l. 7.* Datur autem ex pactis Dotalibus, sive doti adjectis, tam actio, quam exceptio, *l. 1. C. de Dot. promiss.* juncta *l. 7. de Pact.* Actio, si pactum in continenti sit adjectum, quam præscriptis verbis vocat Maximinus in *l. 6. C. de jur. Dot.* ubi vide Wissenbachium & Cujacium *11. obs. 17. inf. & 14. Obs. 21.*

3. Pacta Nuptialia, non ad Dotem proprie, sed ad executionem & ornamenta matrimonii, præter dotem, pertinent, *Houweliiks Voor-waerden*, ut vulgo. De officiis quidem Conjugalibus parcius, dum illa conscientiæ juris communis relinquuntur; Potest tamen de habitatione, de cultu & famulitio, *ut vehatur, quoquo eundum sit, l. 26. §. 3.* Carruca, (*pensili* addit Mornacius, *quod fere nunquam hodie prætermittitur in tabulis puellarum nobilium dotalibus, maxime apud Lutetiam,* inquit,) *item* de moderatione domus, educatione liberorum,

berorum, similibusque conveniri, quale quod *supra* habuimus, ne vir uxori certum dedecus objiceret, & id genus alia. Sed maxime de Donationibus ante nuptias, de impensis mulieris extraordinariis, de bonis paraphernis, aut peculio a singulis in domum communem illato, inferendo, de ipsa communione rescindenda, vel augenda, de administratione bonorum Viro permittenda, vel subtrahenda, de mutuis donationibus in casum viduitatis, aut hypobolo vel *morgengabica*, denique de successione mutua, vel alteri utrius, aliisque similibus.

4. Est autem de his regula tralatitia; Sunt licita, quæ non prohibentur. Et prohibentur, quæ bonis moribus, aut naturæ negotii contraria sunt. Hinc improbatur pactum, ne de moribus agatur, *l. 5. in pr. h.* apud Censores scilicet. Quod etsi pro vetere disciplina non sit amplius in usu, *tit. C. de Repud. & judicio de Morib. sublato*, nunquam tamen actio de moribus, vel imploratio Judicis officii, est abolita, vel abrogari potest, ut non sit meritus ideo Tribonianus exagitari a D. Wissenbachio *ad h. tit. th. 1.* Idemque Statutis gentium frequenter cautum est. Nostra eximie: *Judices supremi & inferiores* per præventionem, *omnem inter conjuges acerbitatem & malitiosum convictum, causa cognita serio animadvertant, partemque noxiam ad æquitatem reducant, carcere, mulcta, aliisve modis convenientibus. Lib. 2. tit. 1. n. 14.* Pactum igitur, ne liceat hac gratia judicis officium implorare, non valebit: Uti nec illud; Alterum alterius religionem improbatam secuturum. Si autem Hæreticus aut heterodoxa promiserit, se maritum ad sacra publica secuturum, valet pactum; non ut cogatur, si postea nolit, vel ut matrimonium pridem consummatum rescindatur, sed ut conditiones licitæ, in eum casum constitutæ, obtineant. Quippe in universum Pacta matrimonii resolutiva, vel etiam, ne liceat ad ejus implementum agere, non valere, dictum est antea, videbimusque iterum *ad tit. de Divort. & repud.* Pactum de potestate maritali minuenda num valeat, sæpius usu venit quæri: Ad Bona quod attinet, valere dicendum est, velut, *ne vir sit Curator uxoris*; quod jure civili nec est, nec esse potest: Ideoque moribus, quo minus caveatur ne fit, nihil obstat. Parci tamen dictis velim: Sufficit uxor caveat, ut penes se solam sit administratio: nec opus adjiciatur, ut *maritalis auctoritas cesset*, quo modo in Hollandia Notarios vidi adjicientes, adjectumque habuit suis pactis nuptialibus Vir Cl. A. de G. qui ab Amstela uxorem hucce duxerat. Verberat hoc aures hominum merito. Reliquas etiam facultates maritalis potestatis restringere licet; salvo tamen principatu domus, cui renunciare non est boni moris; etsi Ægyptiis tempore Sesostris frequentatum accepimus. Jus Gentium, & pactis majus est illud:

> θεμιστεύει δὲ ἕκαστος
> Παίδων ἠδ᾽ ἀλόχων.
> *Vir quisque gubernat*
> *Uxorem prolemque suam.*

5. Naturæ negotii repugnat pactum futuræ successionis, quia testamento vel lege, non pactis, nominatim pactis dotalibus, hereditas non defertur, *l. 15. C. de Pact. l. 5. C. de Pact. conv. sup. dot.* Ideoque non modo libera testandi facultas ejusmodi Pacto non amittitur, sed nec valet contra jus ordinarium successionis, etsi nihil contraria voluntate suprema sit constitutum, *d. l. 5.* ubi: *Intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores, ut tibi restituantur, quæ nullo jure debentur*; etsi hactenus dissentiant Wesenbec. *ad d. l. 15.* Hartm. Pistor. *l. 4. Qu. 4. n. 8.* Heig. *part. 1. Qu. 23. n. 15. & sequ.* Sed hoc jus nescio an usquam, præterquam in Frisia, servetur. Omnes omnium Gentium Scriptores, pacta dotalia de successione futura, esse recepta testantur, quos vide apud Sandium *lib. 2. tit. 2. def. 7.* Grœneweg. *ad d. l. 5.* & Wissenbachium *ad h. t. th. 23.* habentque autoritatem Leonis in *Nov. 19.* Quæ cum non deroget Justiniano, Frisii hac etiam parte Justiniani auctoritatem sequuntur, & omnia pacta futuræ successionis, æqualis aut inæqualis, etiam inter Conjuges repudiant, ut judicatum refert Sandius *d. def. 7. in fin.* & certi juris habetur. Conventiones autem donationesque particulares, pactis nuptialibus factæ, valent absolute, ut scripsimus in *posit. ult. h. t.* D. Thomasius in illa verba crisin exercuit, & pro *donationesque*, vult a me scriptum esse *pactionesque*; Sed tum esset tautologia, & respexi ad liberalitates, quæ inter vivos exercentur, oppositas ultimarum voluntatum beneficiis. Has omnino licitas esse, ex iis, quæ de donationibus ante nuptias & hypobolis dicta sunt, intelligi potest. An omnium bonorum donatio valeat, commodius ad *tit. de Donation.* refertur.

6. Forma pactorum dotalium, nulla solennis est,

est, * & fiunt solo Consensu, voce vel scripto expresso, *d. tit. C. de Pactis conventis*. Sed pro rei magnitudine plerumque instrumenta tabulæque conficiuntur; Unde quod per Nuptias fit, *confectis dotalibus instrumentis* fieri dicitur, *§. ult. I. de Nupt.* qua de re diximus *ad tit. Inst. de Nupt. §. ult.* Bene autem animadvertendum est, verbis ultimarum voluntatum, an Conventionis & Pacti Instrumenta concipiantur, cujus rei discrimen mox collocabimus; difficulter autem id aliquando discerni, patet ex his, quæ Sandius hac de re tradit in *l. 2. tit. 2. def. 4. & l. 5. t. 1. def. 3.* Videbimus ad *tit. de Donat. & sequ.* Recte etiam consulent, qui vera Pacta inire volunt, tres, non quinque testes, ut vulgo faciunt, adhibeant; quia numerus quinarius ultimis voluntatibus convenit; etsi tamen non faciat tales, si verba sint propria Pactorum.

7. Effectus pactorum nuptialium, est idem quem diximus esse dotalium, Actio scilicet, vel exceptio, Moribus hodiernis indistincte, sive in continenti, seu postea sint adjecta, per ea, quæ diximus *ad tit. de Pactis n. 11.* Sic tamen, ut nunquam ob eorum neglectum nuptiæ retractentur, ut *antea* dictum. Sed de eo quod pecuniarie interest, ordinaria actione utendum, *l. 26. §. 3. & pass. h. t.* Cujusmodi ad litem, an uxori curatore opus sit, ad *tit. de Judic. Part. II. pag. 707. n. 14.* disputatum. In his, quæ ad officia conjugalia spectant, officium judicis implorandum, quo is auctoritatem suam interponat, ut & fides pactis servetur, remediisque in eam rem Prætoriis utatur, qualia modo ex Statutis *Fris. l. 1. t. 1. n. 14.* demonstravimus. Quo minus Dotalia & nuptialia pacta, consensu partium retractentur, ut in universum juris est, *l. 5. C. de O. & A.* nihil impedimento est; nisi quod alter in alterius gratiam, juri lucrativo per pactum quæsito renunciare non potest, quia incideret in donationem conjugibus inter se prohibitam, ut *inferius* docebitur, quale etiam esse Pactum de mutua conjugum successione, tradit Grœnew. *ad l. 5. C. de Pact. conv. n. 4.* quod tu limita, si alter inde præ altero notabiliter auctus & honoratus sit; secus si nihil aut parum intersit. Possunt etiam revocari ab altero Donationes instrumento antenuptiali, per modum ultimæ voluntatis, aut donationis mortis causa relictæ, secundam naturam ultimarum voluntatum, *l. 4. de Adim. Legat.* Postremo ad effectum pertinet, quod Sandius prolixe refert judicatum, Nuptiale Pactum prioris matrimonii non censeri repetitum in secundis Nuptiis, cum alio aliave initis, *lib. 2. tit. 2. def. 3.* Tu dices, quid dubii, cum hæc sit notissima Pactorum natura? *l. 25. §. 1. l. 42. de Pact. l. 25. l. 26. C. eod. l. 2. C. Res int. al. act. l. 26. §. 1. h. t. l. 68. de jur. dot.* At quid non dubium facit disputandi varietas? Sunt textus, qui dotem in priore matrimonio constitutam, cum suis qualitatibus, in contractu secundi matrimonii repetitam censent, *l. 30. l. 40. & l. 63. de jur. Dot. l. pen. §. 5. Sol. matrim.* Scilicet Textus vel iidem ipsi vel sequentes, hoc de iisdem conjugibus, post breve divortium in unum reversis loquuntur. Quod autem Gailius tradit, mulierem ad secundas nuptias eandem in dubio attulisse dotem, quam priori marito dedit, habet aliam rationem & facile concedendam, quatenus ad præsumptionem quantitatis in dubio colligendam spectat. *2. obs. 82. n. 7.*

TIT. V.

De fundo Dotali.

I. Sententia tituli, remissive, cum additam. *II. De dominio fundi,* & ad L. 30. de jur. Dot.

PRohibitio de non alienando fundo dotali, Lege Julia facta, Rubricam peculiarem peperit, cujus sententiam executi sumus ad *tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. n. 6.* Quibus heic addemus, etsi maritus fundum Dotalem communem cum alio possidens, socium ad divisionem provocare nequeat, eo tamen provocante divisionemque petente, cum sit causa necessitatis, ad eam procedere posse, *l. 2. C. h. t.* Quemadmodum & omnis hæc prohibitio de voluntaria alienatione, non de

* Secundum *P. 2. C. El. 43.* pacta dotalia fiunt vel per modum ultimæ voluntatis, vel per modum contractus. Illa, ut aliæ voluntates ultimæ, nisi in præsentia utriusque Conjugis judicialiter fuerint insinuatæ. *d. C. §. f.* quinque testium præsentiam minimum requirunt. *Verb.* und es wären fünf oder mehr Zeugen dabey rc. vid. Carpz. *ad eand. def. 4. seqq.* In his vero d Constitutio duos vel 3. testes desiderat, nec sine Curatoris consensu, uxores ea tuto inire posse videntur. j. Richt. *dec. 26. n. 18.* Carpz. *dec. 143.*

necessaria

necessaria intelligenda est; quo minus enim ære alieno uxoris cogente, aut alimentorum causa fundus dotalis alienetur, nihil obstare potest, Perez. *ad h. t. C.* Ad res mobiles quoque Legem Juliam non pertinere, certum est *l. 4. h. & l. 2. C. h. t.* easque Mulier a viro alienatas vindicare prohibetur *l. 9. C. eod.* Extra dotales, potest mulier, etiam fine Viri consensu, res suas alienare & obligare, *l. 8. C. de pact. Convent. & l. 12. C. de pignor.* quod moribus aliter est, cum vir plerumque sit curator uxoris. Perez. *h. t. C. n. 8.* Sand. *2. tit. 4. def. 3.*

2. Ex alienatione fundi Dotalis prohibita sequi, maritum durante matrimonio, esse Dominum fundi Dotalis, probatum est ad *d. tit. Inst. n. ult.* Objectiones autem, quibus contrarium ab aliis sustinetur, removimus iisque satisfecimus in *lib. 4. Digress. c. 9. n. 4.* Censeo & addas, quæ D. Wissenbach. commentatus est, quæ huc referre nihil necesse est, ad *l. 30. C. de jur. Dot.* Summa huc redit: Dominium, quod maritus habet in fundo dotali, cum soluto matrimonio restituatur mulieri, est revocabile, unde fit, ut dolum & culpam præstet, quam alioqui nemo in re propria luit, *l. 17. de Jur. dot.* eoque sensu dominium uxoris aliquando, non ipsius dicitur, *l. 3. §. 5. in fin. de Min.* Confer. *l. 22. de Aeq. poss.* In *l. 30. C. de Jur. dot.* idem est, sed ibi Cæsar exorbitat adeo, ut mulierem rei quoque æstimatæ in dotem datæ dominam esse dicat, quod nullo modo verum esse potest, *l. 10. C. de jur. dot.* Loquitur igitur plane καταχρηστικῶς.

SCHOLIUM.

Potest equidem aliquo modo defendi, uxorem esse dominam dotis æstimato datæ, si nimirum æstimatio taxationis causa facta fuerit. Aliud si venditionis. An vero hæc distinctio conveniat cum mente Imperatoris in d. l. 30. *alia quæstio est.*

RESPONSIO.

At hæc est quæstio hujus loci; E textu satis liquet, Justiniano propositum esse, dominii appellationem indistincte mulieri adscribere, quomodocunque res data fuerint, mobiles, immobiles, se moventes, æstimatæ, inæstimatæ. Quoties autem res simpliciter æstimatæ dicuntur, non taxationis, sed quasi venditionis subesse causam, satis arguit l. 5. & l. 10. C. eod.

N. ADDIT.

Etsi hæc quæstio sit hujus loci, non tamen obligatus eram, de omnibus quæstionibus mentem meam aperire. Erat & illa hujus loci, an Autor, dum Justinianum taxat, recte dixerit, nullo modo verum esse posse, quod mulier rei quoque æstimatæ datæ domina dicatur, quam recte negavi in Scholio, & Autor nihil habuit quod respondeat. Si de mente Justiniani sententia mea dicenda est clarius, vel ipse modus loquendi in Scholio indicat, quod jam tum putaverim, eam distinctionem parum prodesse menti Justinianeæ. Et nunc quod taxationem Justiniani attinet, ulterius quam Autor, progredior. Etiam Justinianus non solum in eo falsus est, quod mulierem dicat dominam dotis æstimatæ, sed & in genere, quod mulierem constante matrimonio putet mansisse vere dominam dotis, etiam in æstimato datæ, & quod maritus solum subtilitate juris dominium in re dotali habuerit, naturaliter autem ea in mulieris Dominio manserit. Sed bene se res habet. Competebat uxori saltem actio personalis, vel hypothecaria, quarum utraque indicio est, non peti dotem tanquam rem propriam ex jure dominii. At Justinianus volebat eam præferre hypothecariis anterioribus. Non melius remedium, quam si Justinianus daret ei rei vindicationem. Sed quomodo daret, si maritus fuit dominus dotis? Rumpit hoc dubium Justinianus, ut Alexander nodum Gordium, cum solvere non possit. Negat inquam, maritum esse dominum. Et cum tot leges & rationes obstarent, facile fuit ei, qui consilium dedit ad antinomias quasvis conciliandas, subtili ratione distinctionem quandam excogitare, ut hoc consilio ipse uteretur, tradita a JCtis ex regulis naturæ & artis subtilitati cerebrinæ adscribendo, suam vero inventionem, non improbabiliter subtilitati persuasionis Dominæ suæ originem debentem, palliando æquitatis & rectæ rationis pallio. Ita videlicet decebat Imperatoriam majestatem, non solum armis decoratam, sed & legibus armatam, ut in condenda arte sua armis, & gladio voluntatis suæ, leges interimeret, i. e. ratione, quæ est anima legis, privaret, & sic divinitatem suam ostentaret. Unde habent quod imitentur ejus admiratores & adoratores, ut & strenue hactenus fecerunt, & in posterum absque nostra admonitione facient.

Moribus hodiernis, sublato fere Dotium instituto, fundi dotalis prohibitam alienationem non tam cessare, quam usu carere, per se intelligitur.

LIB.

LIB. XXIV.

TIT. I.

De Donationibus inter Virum & Uxorem.

I. Ratio prohibitæ Donationis inter virum & uxorem. II. Prohibitiones per consequentiam personarum, aut rerum. III. De donatione marito facienda, in uxorem derivata. IV. Licitas esse donationes, quæ donantem non faciunt pauperiorem, cujusmodi variæ species explicantur, ubi de re aliena, de fructibus, de reciprocis donationibus &c. V. De confirmatione Donationis, per silentium Donatoris usque ad mortem. VI. De usu moris hodierni.

INter inexpectata Juris Civilis, haberi potest donationis inter Virum & uxorem prohibitio. Quibus enim major quam conjugibus, affectionis & liberalitatis causa, cum necessitudine conjugali nulla sit artior, esse queat? Sed magistra fidelis experientia, *l. 1. h.* docuit Romanos, quod Ratio primo intuitu obscurius dictat, adeo tamen non sine ratione, ut in mores usque hodiernos prohibitio duret, in iis quidem locis, in quibus universalis bonorum communio terminos habiles non sustulit, ut monet Grœnewegius ad *pr. h. t. D. & C.* Namque ubi quæstus & damni societas est tantum, ut apud nos, ibi pleræque donationes suum, si prohibitæ non essent, usum retinerent. Rationes adducuntur tres in *l. 1. 2. & 3. h. t.* Prima, *ne mutuato amore spoliarentur*; quia fere sic accidit, ut alter alteri conjugum sit obnoxius, evitari non posset, quin sæpe fieret, ut mollior, ὁ ἥτῖων exhauriretur. Secunda ratio, ne abducantur a studio liberos educandi. Hos enim si habeant, cui bono donationes mutuæ? cum parentum hæc sit cura, τοῖς τέκνοις θησαυρίζειν, *liberis colligere & custodire pecunias.* Tertia ratio, quia sæpe fieret, ut *discuterentur matrimonia*, si non donaret is, qui posset, ac ita simultates pullularent. Sponsalitiis largitionibus, dotibus, & propter nuptias donationibus, satis amori, satis ἐπιμειλίοις, illiciis matrimonii consultum. Durante conjugio donationis licentia nihil boni, mera incommoda producebat.

2. Stabilitæ prohibitioni consequens fuit, ut non modo directe vetarentur donationes inter virum & uxorem, sed & inter omnes, per quos donatio inter conjuges indirecte perpetrata videri posset; Consequentiæ autem illæ inprimis ab unione patriæ potestatis oriuntur. Hinc mater non potest donare filio, qui est in patris sui potestate, quia per eum patri, suo marito, donaret, *l. 3. §. 4. h.* ubi excipitur, nisi militi & in castra eunti donetur, adde *l. 17. C. de Donat.* Sed cum hodie pater donata filio non acquirat, nisi fructu tenus, an si mater filio hac lege donet, ne pater usumfructum habeat, donatio tum non valet, quia pater idemque maritus donantis, inde nihil acquirit? Ita videtur *arg. l. 1 & t. C. de Bon. quæ lib.* Socer etiam non potest donare genero vel nurui, hoc est, pater conjugis, qui hunc vel hanc in potestate habet, quia per patrem conjux donare videretur, *l. 3. §. 5.* nurui autem a socru donari, non est prohibitum, quia non vertitur patria potestas, *d. l. 3. §. 7.* Nec frater conjugis, qui in ejusdem patris cum illo illave potestate, *d. l. 3. §. 2.* Adde; quod ut socrus nurui donet, raro contingat, quatenus si Terentio fides; *Omnes Socrus oderunt nurus*: secus ac soceri generos; *Quam sanctum soceri nomen!* Claudian. *bell. Get.* & Theocr.

Χαίροις εὐπένθερε γαμβρέ.
Quippe boni soceri gaudet amore gener.

Exemplum donationis ex intimo affectu, Pyndarus a socero ad generum petit:

Φιάλαν ὡς εἴ τις ἀφνειᾶς ἀπὸ χειρὸς ἑλὼν
Ἔνδον ἀμπέλου καχλάζοισαν δρόσῳ, δωρήσεται,
Νεανίᾳ γαμβρῷ προπίνων
Οἴκοθεν, οἴκαδε.
Tanquam si phialam munifica manu
Spumantem latices purpureos meri
Propinans genero suscipiat socer,
Et donet placiti conjugii novis
Aptum pignus amoribus.

Ubi addit Scholiastes: Ἕνεκα τῆς ὁμοφροσύνης, ἣν ἔχει ὁ νεανίας πρὸς τὴν τοῦ δωρησαμένου θυγατέρα. Propter concordem benevolentiam, qua juvenis filiam donatoris prosequitur. Bene est, quod factum ita donandi non prohibetur, sed jus tantum revocandi datur legibus, ut *infra*. Quin nec consocer consocero recte donat, si ambo conjuges sint in potestate donantis & donatarii, *l. 32. §. oratio. 16.* Sed hos casus, moribus hodiernis non attendi

tendi, facile constat ex eo, quod conjuges hodie nunquam sunt in patria potestate, quæ nuptiis solvitur, ut *alias* dictum & notum est. Sunt etiam consequentiæ prohibitionis ex natura negotii, quoties sub alio titulo id agitur, ut conjux alter ex alterius bonis augeatur: cujusmodi non tantum est acceptilatio & delegatio, qua conjux Debitori suo jubet, ut conjugi solvat, *d.l.3. §.10. & 12.* sed etiam emptio venditio, si res minoris vendatur, ut reliquum gratis habeatur, *l.5. §.5. & l.7. §.6.* Imo quoties id actum est a conjuge, ut alter etsi ad tempus, aliquid commodi perciperet, irritum est quod geritur, *l. 49.* Ergo nec, si vilius locetur fundus, valebit locatio, *l. 52.* Quid autem? si virum gratis in ædibus suis habitare permiserit, valet donatio, *l.18.* si minoris locaverit, non valebit? Hæc non cohærent, nisi gratuitam habitationem ad breve tempus intelligas & necessitatis causa; sicut usus servorum & vestimentorum *ibidem* fine dubio accipiendus est. Denique liberalitatis causa inita societas, non valet, *l. 32. §. 24.* cujusmodi casum & exemplum habuimus *ad tit. pro Socio n. 12. vers. constante matrim.*

3. Idem est, si maritus donaturum sibi rogaverit, ut uxori donaret, tam mortis causa, quam inter vivos, *l. 3. §. ult. & l. 4.* Non est idem, si maritus legaturum sibi rogaverit, ut uxori potius legaret, *l. 31. §. Quod legaturus. 7. h. t.* Quæ ratio differentiæ maximæ inter legatum & donationem mortis causa? Pomponius ait, *quia nihil ex bonis mariti diminuitur, d. §. 7.* Sic ut Ulpianus: *quia pauperior non fit, qui non acquirit, sed de patrimonio deposuit*, hoc est submovit, ut ei non accederet. Atqui id ipsum usu venit in donatione nondum facta, & in uxorem derivata. Sed ibi locum habet fictio *brevis manus*, qua perinde habetur atque si maritus *accepisset* & rem suam factam *uxori dedisset. d. l. 5. §. ult.* Quæ ratio facit, ut in donatione mortis causa, traditione non secuta, idem juris oporteat esse, quod est in Legato. Apud eos populos, quibus æquitas validior est quam Jus civile, forte plus valeat prior ratio sat solida; maritum in causa donationis nondum factæ, nihilo magis pauperiorem fieri, quam in specie legati inspecta fictione brevis manus, nec ideo invidendum uxori, quod mariti benevolentia non ex ejus patrimonio ad illam pervenerit.

4. Quin illa ratio, Donationes ideo esse prohibitas, ne donans fiat pauperior, sententiam hujus instituti plenius detegit. Ergo si transitorium & brevem usum servorum, jumentorum, vestium, donus concesserit, valebit Donatio, *l. 18.* Hinc etiam munera, quæ sunt modicæ præstationes esculentorum, potulentorum; vel strenæ natalitiæ aut novi anni, inter conjuges non prohibentur, *l. 1. §. 1. ad L. Jul. Repet.* modo non immodica in genere suo, *l. 31. §. 8. h.* Imo talia in infinitum capere licet, *l. 7. §. 1. d. tit. ad L. Jul. Repetund.* Quomodo hæc cohærent? In *infinitum*, hoc est, non certo numero præscriptum, ut *in §. 4. I. de Hered. inst.* instituere licet unum vel plures usque *in infinitum*; singula tamen ut sint modica munera. Sic etiam donare licet conjugi, ut *honestius se tueatur, d. l. 31. §. 8. h.* quo pertinet *lex C. h. t.* ubi, quæ dignitatis causa dantur, accipientem facere negantur locupletiorem. Quippe dignitatis non modo tuendæ, sed etiam adipiscendæ causa, ab uxore donari potest, *l. 40. & seqq. h. t.* quod cave pro moribus hujus seculi accipias, quibus dignitates pretio acquiruntur: spectat ad censum equestris aut Senatoriæ dignitatis, qui Romæ requirebatur, supplendum: Cujusmodi donationes credibile est sæpe dicis gratia esse factas, sub tacita fide restituendi, duntaxat ut Legi satisfieret, quemadmodum hodieque fieri scimus in locis, quibus ad Senatoriam vel decurionalem dignitatem adipiscendam, census est præscriptus. Ad eundem locum pertinent reliquæ donationes, quæ miserationis aut necessitatis habent causam, veluti ad sepulturam, *l. 5. §. 1.* ædificandi domum exustam, *l. 14.* dotandi communem filiam, *l. 34.* exilii tolerandi gratia, *l. 43.* At suave est, quod in *l. 25.* habetur, donationem rei alienæ, conjugi a conjuge factam, valere, quia donans rem alienam dando non fit pauperior; de suo non potest esse liberalis, ex alieno fas est? Verum sit hoc ex iis, quæ videntur, non sunt absurda. Donatio rei alienæ inter conjuges facta, valet ita, quemadmodum inter extraneos, sine præjudicio Domini, cum hoc effectu duntaxat, ut usucapiendi facultatem bonæ fidei conjux habeat, *d. l. 25.* Cujac. *18. obs. 15.* Hotoman. *12. obs. 7.* Sed de fructibus rerum donatarum quid videtur? Quorum sicut usurarum valere donationem, etsi donatarius Conjux sit locupletior, scribit Ulpianus in *l. 17.* imo quatenus locupletior est uxor donataria, finito matrimonio fructus sunt restituendi, *l. 8. C. h. t.* Concilia ex *l. 9. §. 1. de Donat.* Si fundus sit donatus, fructuum perceptio non habet rationem Donationis; Si vero ipsi fructus sint donati, hæc est donatio, ac inter conjuges facta pro illicita habetur, & repetitioni subjecta

jecta est. Adde Pac. *8. Antinom. 21.* Ex eadem ratione dicendum, mutuas Donationes, quibus alter alterum conjux æquabiliter honorat, sine notabili differentia, non esse prohibitas, quia donantes per illas non fiunt pauperiores, *l. 7. §. 2. h. & l. 32. §. 14. h.* Ita Peckius *de Testam. Conjug. 8. n. 2.* Mynsing. 2. *obs. 33. n. 6.* Gail. 2. *obs. n.* 7. Fachin. *3. controv. 8.* Mornac. *in l. 1. h. t.* Diss. Cujac. *in par. C. h. t.* Giph. *in l. 14. C. h. t.* Wissenbach. *hic, n. 8.*

5. Prohibitionis effectus est, quod donatio sit ipso jure nulla, *l. 3. §. sciendum. 10. h. t.* scilicet inter vivos. Nam mortis causa donatio, non minus licita est inter Conjuges, quam legata sunt, quoniam exitus ejus confertur in id tempus, quo conjuges amplius non sunt, *l. 9. §. 2. & seqq. h. t. & l. 40. de Donat.* Quæ ratio est, quod Socer genero vel nurui, mortis *sua* causa frustra donare, dicitur in *l. 53. h. t.* quia moriente socero, matrimonium inter ejus filiam & donatarium non erit dissolutum. Inde vero, quod mortis causa viro & uxori donare licet, fluxit hoc jus; quod silentio ad mortem usque firmetur & convalescat * donatio ipsa inter vivos, quasi per modum ultimæ voluntatis, *l. 32. §. 1. 2. 14. & 23. l. 24. in fin. h. & l. 25. C. eod.* idque ex oratione Severi & Antonini, quæ ad donationes rerum, id est traditione perfectas, solummodo pertinuit, ad eas, quæ promissione perficiuntur, non spectabat, ut Ulpianus secundum Papinianum orationem Severi interpretatur, *l. 3. h. t.* Wissenbachius noster alios secutus; quos laudat plures, ex eodem Ulpiano probat, confirmationem illam æque ad donationes stipulatione constitutas, quam traditione perpetratas, spectavisse. I. Profert *d. l. 32. §. 1.* ubi dicitur, illa confirmatio *ad omnes* donationes inter Virum & Uxorem pertinere. Ad *omnes?* Ergo & ad eas, quæ stipulatione constant. Non sequitur. Vocabulum *Omnes* heic ad quoslibet actus liberalitatis, etsi proprie donationes non sint, referendum. II. Profert *§. sive autem,* ejusd. *L.* ubi: *universæ donationis;* Est eadem responsio, quæ firmatur ex ipso textu; nam remissio obligationis & acceptilatio, quæ fit donandi animo, etsi donatio non appellatur, morte tamen firmatur; quia non sola promissione, sed reali præstatione ejus quod promissum, impleta fuit liberalitas. Sed gravius obstat *L. 33. h. t.* quæ est ejusdem Ulpiani: *Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non poterit: sed fimanente matrimonio, decessisse maritus proponatur, pacto, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, Stipulationem confirmari ex SCto.* Difficile dictu est, eundem Ulpianum in re tralatitia sibi ipsi esse adversatum, quod mihi nondum accidit agnoscere, ut idem JCtus sibi ἀμάχως esset contrarius. Alii distinguunt inter orationem Severi in *l. 23.* & Antonini in *d. l. 32. §. 1.* ut D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 11.* Non placet, quia Antoninus habuit orationem suam Patre collega superstite, *d. l. 32. §. 1.* cujus idcirco nomen primo loco Senatus Consultum prætulit, adeoque & Severi dicta fuit oratio, neque de pluribus in hanc rem orationibus, Patris & filii seorsim, quicquam memoriæ proditum est.

Malo responsionem petere ex *§. 1. d. l. 32. Si uxor marito annuum versa vice præstiterit.* Est continuatio similis speciei. Hic agitur de annuo realiter præstito. Dic etiam ita; In *princ.* Annuum non tantum fuisse promissum, sed etiam præstitum. Promissum duntaxat, ait, peti non posse. Quod dein subjicit de confirmatione, id ultro de annuo præstito intelligere voluit, cum satis docuisset, confirmationem ad alias quam rerum donationes non pertinere; idque mox ἀμέσως indicat, cum pergit, *Si uxor marito annuum versa vice præstiterit &c.* Jure novissimo non est dubium, quin tam Donationes promissione constitutæ, quam traditione impletæ, silentio ad mortem usque continuato indistincte confirmentur, *Nov. 162. Cap. 1.* Confirmata morte donantis liberalitas, inde ab initio jure facta censetur, & ad principium suum retrotrahitur, tam quoad fructus, quam quod ad Dominium attinet; modo non excedat summam quingentorum solidorum, aut si illam excedat, insinuata sit Actis Donatio, *l. 25. C. h. t. d. Nov. 162. cap. 1.* qua omissa quid juris sit, ex loco communi Donationis, quem habuimus ad *tit. l. de Donation. n. 5.* petendum. Cæterum id ultro ex his, quæ dicta

* Ita nostro quoque Jure regulariter quidem etiam obtinet, non convalescit tamen donatio Geradæ ab uxore marito in præjudicium cognatæ facta, licet alias mulieres, inter vivos valide Geradam donatione, in liberos vel extraneos conferre, non prohibeantur, *P. 2. C. El. 13.* §. Diese donation. *verb.* daß sie durch folgendes Absterben der Frauen nicht bekräftiget wird, non obstante vero hac prohibitione, uxorem marito Geradæ nomine aliquid donare, imo etiam ipsam Geradam, & in Testamento quoque, ei vendere posse, existimat Carpz. *ad d. C. def. 9. seqq. def. 21.*

sunt, liquet; Donantem habere in potestate, revocare donationem, non æque ipsius heredem, *l. 32. §. 2.* Sufficit etiam tacita revocatio, per divortium ex ira & cum offensa, nisi reconciliatio intervenerit, *l. 32. §. 10. & 11. h. t.* Etiam per venditionem rei donatæ, & quamlibet alienationem; quin & per oppignorationem, non modo si res tradatur, sed etiam per hypothecam, *d. l. 32. §. 5.* quod a Justiniano quoad pignorationem abrogatum est, in *d. Nov. 162. med. pr.*

6. Moribus hodiernis quid de hac prohibitione servetur, * inde a *principio* dicere occupavimus. Quæ gentes universalem inter Conjuges societatem sive communionem recepere, non habent materiam Donationis exercendæ; quia quicquid alteri acquiritur, utriusque statim commune fit. Quia tamen inter eas, quicunque sunt in facultatibus nec vota sua præcipitant, Pactis dotalibus a communione recedunt, exceptis reditibus; manifestum est, in ejusmodi populis prohibitæ donationis usum non magis infrequentem esse, quam apud gentes, quæ Lege universa communionem excluserunt: Sic tamen ut inter ejusmodi Conjuges, donationes earum rerum, quæ ad reditus pertinent, ut si domus vilius locetur & id genus alia, non habeant facultatem. Verum si conveniat, ut quorundam reditus bonorum societati eximantur, aut hæc tota, vel ex parte, cum alterius lucro cesset, locum inprimis habet hæc sanctio, ut antea dictum est. Denique, si Redituum communio quoque inter conjuges sit exclusa, tum nihil est causæ, quin Jus Romanum hac parte valeat, ut largus alioqui juris abrogandi Grœnewegius, æque statuit *ad pr. d. tit. Codicis.* Est ubi & mortis causa Donationes inter virum & uxorem sunt prohibitæ, quod de Ultrajectinis testatur Vir Cl. Joh. Voet. *ad h. tit. in fin.*

TIT. II.

De Divortiis & Repudiis.

I. Divortii & Repudii differentia. II. Facilitas Juris Romani in dissolvendis Sponsalibus. III. Juris Canonici, utique in sponsalibus de futuro. IV. Quid mores hac parte ferant. V. An diversa ratio in sponsalibus, quæ habent tempus incerti eventus. VI. Sponsalia pura, licet de futuro, esse irrevocabilia. VII. An sponsalia pura, contrario partium consensu resolvi non possint.

Sic sunt res humanæ; *Omnia orta intereunt;* ne matrimonium quidem, etsi individuam vitæ consuetudinem continens, hac lege eximitur, non modo illa fatali mortis, quæ est omnium linea rerum ultima, sed & aliis, divortia quæ dicuntur atque Repudia. Divortium inter Virum & uxorem fieri dicitur; Repudium vero sponsæ remitti videtur, quod tamen & in uxoris personam non absurde cadit, ait Lex *101. de V. S.* Nam & uxor repudiari, *l. 12. pr. de Rit. nupt.* & Repudium illi mitti dicitur, in *l. pen. ad L. Jul. adult.* Idem ex *l. 1. §. 1. & 2. h. t.* liquet. Apud Suetonium, Cæsar ut filiam Cinnæ post Juliam inde natam *repudiaret*, nullis Syllæ minis adduci potuit, *vit. Cæs. in pr.* Plane sic habendum; Repudii & repudiandi verbum, sponsis atque uxoribus commune, Divortium his solis, minime Sponsis, esse proprium, *l. 191. de V. S.* Sed nequaquam ut eodem nomine sponsæ nuptæque dimitti possunt, ita jus est idem repudiis atque divortiis. De singulis videamus.

DE REPUDIIS.

2. In Sponsalibus solvendis alia est ratio juris Civilis & alia Canonici, quo hac parte magis utimur. Jure Romano sponsalia quemadmodum solo partium consensu ineuntur, ita pari consensu, imo alterutrius voluntate, dissolvuntur; *Nam alii desponsatæ, renunciare conditioni & nubere alii* liberum esse rescribunt, ut juris notissimi, Diocletianus & Maximianus in *l. 1. C. de Sponsal.* Valerianus & Gallienus Paulinæ, *Liberum est*, ajunt, *filiæ tuæ, si consilium mutare voluerit, nuntium remittere Sponso. l. 2. C. de Repud.* Quam libertatem scilicet, non minus competere viro, indubitatum est. Qua in re sicut veteres omnia formulis complecti solebant, hujusmodi verba probata sunt, CONDITIONE TUA NON UTOR, *l. 2. §. 2. h. t.* quæ tamen non fuit

* Nostris moribus, licet donatio Uxori a marito facta regulariter non subsistat; Carpz. *P. C. El. 13. d. 14.* uxorem tamen una cum Curatore, marito judicialiter valide donare, contendit Id. *d. l. def. 16. j.* Schilt. *ad ff. Ex. 36. §. 102. seqq.*

solennis

solennis formula verborum, quia & inter absentes commutari possunt, *§. ult. d. l. 2.* ideoque & æquipollentia sufficere, non est ambigendum, *d. l. 1. C. de Sponsal.* Sponsaliorum autem ad hunc effectum appellationem sic esse accipiendam, ut ipsum matrimonii Contractum, qui consensu perpetratur, comprehendat, ex iis, quæ *supra* de Sponsalibus disputata sunt, cognosci potest; idque nec esse quod miremur, facit eadem divortiorum licentia, quæ in nuptiis consummatis apud veteres fuit, ut mox intelligemus. Jure Civili igitur non est dubium, quin ipse matrimonii contractus nondum consummatus, utriusque vel alterius consensu retractari possit, salva tamen, ut videtur, etsi rarius usu veniat, in id quod interest actione, ratione damni, si quod illatum sit, aut lucri cessantis, *arg. l. 2. de Sponsal.* Postea placuit exigua restrictio; quod Sponsus sine justa causa renuncians, amittat arrham; Sponsa, quæ sui juris & major annis 25. duplicatas restituit; si minor, simplo defungitur, Parentes ad duplum arrhæ tenentur. Excusatio ætatis, ad Sponsos etiam extenditur in *l. 5. C. de Sponsal.* Causæ vero justæ sunt, matrimonium Legibus prohibitum, turpis, prodiga, vel impudica Sponsæ conversatio, religionis diversitas, impotentia, *d. l. 5.* Hactenus de jure Civili.

3. Videamus, quid jure Canonico in sponsalibus retractandis sit receptum. Nota est hujus juris inter sponsalia de futuro & de præsenti distinctio. In sponsalibus de futuro dissolvendis, satis faciles sunt Canones. Rumpuntur enim mutuo consensu, *c. 2. X. De sponsal.* qui textus loquitur *de his, qui de Matrimonio pure & sine omni conditione contrahendo, fidem dederunt;* hi quidem modis omnibus commonendi sunt, ut præstitam fidem servent; si autem se invicem admittere noluerint, datur eadem libertas, *qua sociis in renunciando, ne quis talem, quam odit, ducat.* Ex quibus, etiam unius dissensu, Sponsalia rumpi posse dixeris: non tantum si persona sit talis, quæ non nisi de futuro sponsalia conferre possit, de quibus est *Cap. a nobis. 8. X. de Desponsat. impub.* sed etiam qui purum de matrimonio consensum inierunt, *d. cap. 2.* Quin etiam mulier, quæ jur. vi. se alicui nupturam, monenda potius est, quam cogenda, ut nubat, si nubere renuat, *Cap. 17. D. t. de Sponsal.* Et tamen in *cap. 10. ejusd. tit.* qui juravit se mulierem esse ducturum, compellitur uxorem recipere, & maritali adfectione tractare, nisi rationalis causa obstiterit. Quæ limitatio vel est addenda *d. cap. 17.* vel ego ista conciliare non possum. Rationabiles causæ quænam erunt? Arbitrariæ? Magis est ut sint ejus generis, quales habentur in *cap. 25. De Jurejur.* fornicatio subsequens, lepra, paralysis, oculorum aut nasi ademptio, vel turpius aliquid. In non juratis igitur sponsalibus, dicendum videtur, jure Canonico, non cogi sponsos aut alterum ex illis, ad fidem implendam; sed repudium in patientia tolerandum, *d. cap. 2. & c. 17.* Quando igitur tanta facilitate Sponsalia de futuro in irritum cedunt, non est mirum, si quis alienam de futuro Sponsam, sibi verbis præsentibus desponsaverit, hisce de præsenti Sponsalibus, priora de futuro rescindi, *c. 22. & c. 31. d. tit.* Cæterum, si ad verba futuri temporis accesserit coitus præsens, hoc ipso sponsalia de futuro transeunt in Nuptias consummatas, nec amplius resolvi possunt, *c. 15. c. 30. Cap. ult. X. eod. tit.*

4. Sponsalia, quæ de præsenti vocantur, esse ipsum matrimonium, habetur in *c. 25. d. tit.* & vidimus *ad tit. de Sponsal.* nec ideo mutuo consensu dissolvuntur, *c. 31. eod.* nec adeo ob alias causas quam propter quas matrimonium rescindere licet, de quibus *inferius*, dissolvi possunt. Adeo, ut si quis post sponsalia de præsenti cum una contracta, dein aliam sibi despondeat, etsi posteriora concubitu adimpleta fuerint, priora tamen præferenda sint, *c. licet. 3. X. De Sponsa duorum.* Wissenbach. *ad h. tit. th. 5.* ubi plures *citati.* Priusquam ad Divortia progrediamur, pauca de usu eorum, quæ diximus, addenda, vel cum *supra* dictis conferenda. Satis prolixe *ad tit. de Sponsal. n. 10. & praecedenti* in hoc fuimus, ut probaremus differentiam terminationis futuri vel præsentis temporis in Sponsalibus contrahendis, non posse tantum differentiæ momentum inferre, quantum ei Pontifices adscribunt: Sed promissionem matrimonii puram, esse contractum matrimonialem, etsi quis non dixerit, Accipio, sed; do tibi fidem, quod accipiam; Promitto me accepturum te in uxorem. Ideoque ita ex ratione juris & in usu nostro observandum: Qui dixit ad unam, *Promitto me accepturum te in uxorem.* Et ad alteram, *Accipio te in uxorem.* quicquid Jus Canonicum indulgeat, polygamus erit, ac ita punietur, ut qui duplex inierit matrimonium, *L. 1. & l. 13. §. 1. & seqq. de His, qui infam. not.* Quin si dixerit; *Do tibi fidem, quod te accipiam in uxorem.* & ad aliam, *Accipio.* etsi concubitum adjecerit, prior tamen actionem salvam ad matrimonium habebit.

habebit. In omnium memoria est exemplum amanuensis amplissimi Curiæ nostræ Senatoris, ad majora deinde provecti, qui cum famula ejusdem habebat Sponsalia futuræ terminationis, nec enim adhuc in statu erant implendi nuptias. Juvenis deinde aliam locupletem puellam sibi desponsavit & abduxit, liberosque ex ea procreavit. Prior tamen sponsa jus suum persecuta & executa, virum per sententiam Curiæ coegit, posteriorem uxorem dimittere, & se ducere in uxorem, quo facto posterior alii deinde Viro nupsit.

5. Quin valde dubito, an nostri Sponsalia inita ab iis, qui jus statim implendi habent, etsi dilata in tempus incerti eventus, a contractu matrimoniali distinguerent. Dixerit aliquis ita; Do fidem, *promitto me in uxorem te esse ducturum, ubi Doctor, ubi Pastor alicujus Ecclesiæ, ubi ex India redux factus ero.* Si interea duxerit aliam, videntur in ea sententia esse vulgo, polygamiæ reum esse, & a prioribus nuptiis cum alia celebrandis intercedi posse, neque desunt exempla Pastorum ob ejusmodi commissa suis locis motorum. An tamen ex ratione juris statuendum sit, ejusmodi sponsalia per alia pura non tolli, ex iis, quæ *supra* de *sponsalibus* disputata sunt, haud immerito ambigitur. Probavimus enim, in ejusmodi exemplis sponsalia vere esse *futurarum nuptiarum*, hoc est, futuri contractus matrimonialis, qui deinceps adhuc sequi potest. Tu dices, obligatio in diem statim nascitur, imo etsi dies incertus ac ita conditionalis sit, tamen qui in idem vel sub conditione promisit, quamdiu conditio non defecit, retractare non potest, cum etiam spes obligationis ad heredes transeat, modo natura negotii sic ferat, *§. Conditiones l. 7. Inst. de Verb. obl. l. 57. de V. O.* Respondetur, id esse verum de actione in id quod interest, ad quod tenetur qui non stat promissis, *l. 72. pr. de V. O.* quod etiam de Sponsalibus ejus generis verum sit. Quin etsi fiat obnoxius pœnis aut mulctis, qui bina Sponsalia contraxerit, etsi altera sint conditionalia, non facit tamen ejusmodi promissio matrimonium. Proinde si interea matrimonium pure contrahatur, maxime si impleatur, hoc omnino consistere debet; de altero agatur in id quod interest, aut ad pœnam, vel censuram. Quod si conditio, vel tempus incerti eventus extiterit, jam promissio purificata est; si defecerit conditio, nulla est promissio; ut & si promittens non habeat jus se obligandi; etsi post conditionem existentem habiturus sit jus: Veluti, cum filiusfam. nuptias promiserit, si quando *pater mortuus fuerit*; vivo patre nulla est promissio, & aliam conditionem eligere potest, *§. pen. l. de Nupt.* Eo mortuo, conditione jam impleta, promissio pura fit, teneturque promittens ad fidem præstandam, *arg. d. §. 6. I. de Verb. Obl.* Jus idem se obligandi, negatum intellige etiam personis per ætatem matrimonii incapacibus, quibus repudium sine dubio liberum, vel potius supervacuum est.

6. Igitur de pura promissione non videtur esse dubitandum, quin non tantum obligatio inde præsens, etsi verba futurum tempus induerint, producatur, sed etiam contractus matrimonialis in se consistat & perficiatur. Nonne pontifices ipsi ita agnoscunt? Innocentius III. Brixiensi Episcopo, *Postulasti, utrum ex solis verbis, & ex quibus matrimonium contrahatur. Nos igitur inquisitioni tuæ taliter respondemus, quod matrimonium in veritate contrahitur, per legitimum Viri & mulieris Consensum:* SED NECESSARIA SUNT, QVANTUM AD ECCLESIAM, VERBA CONSENSUM EXPRIMENTIA DE PRÆSENTI. *c. 25. De sponsal. & matrim.* Videtur matrimonium statuere in consensu puro; Sed jure positivo Ecclesiæ, distinctionem præsentis & futuri temporis introductam esse; cum revera jus quæsitum ex promissione, sine conditione, vel tempore incerti eventus facta, licet in futurum concepta, stipulatori non possit auferri. Quare nec ab ejusmodi Sponsalibus, altero invito, recedere licet, *c. 31. X. De sponsal.* nec quidem mutuo consensu, ut ex eodem *textu & c. 1. X. de Sponsa duorum.* probatur evidenter. Vide Wissenb. *ad h. t. th. 4.* ac ita jus dicitur, ut exposuimus ad *tit. De Jurejur. num. 8. Part. II. pag. 874.* Nec adeo pœnitentiæ locus est: Nec si maxime petat actor vel actrix, qui quæve de facto probat, matrimonium esse contractum, impetrare potest, ut contra matrimonium judicetur. Hac de re tamen hujusmodi exemplum referam. Caja convenerat Titium de matrimonio, quod contractum adseverabat: Titius a fide servanda alienus, peregre se contulerat neque respondebat, ideoque per contumaciam erat condemnandus. Caja videns, si condemnationem impetraret, se fore impeditam ab aliis nuptiis, nec hoc marito potituram, non urgebat litem, eaque per aliquot annos jacuerat. Deinde ab alio conditionem optatam habere poterat: quam ut amplecti liceret, causa priore cadere cupiebat.

bat. Quamdiu enim lis illa pendebat, proxima erat in potentia matrimonii acquirendi, simulque perpetui impedimenti ab aliis conditionibus; petebat igitur a Curia, ut non obstante rei contumacia, ipsius petitio per definitivam rejiceretur. Dubitatum fuit, an concedi posset, quia videbatur esse renunciatio matrimonii illicita. Impetravit tamen, *primo*, quia adsertum quidem, non tamen probatum erat matrimonium, & absque interlocutione probandi causa, talia non definiuntur. Cum igitur mulier nihil probaret, rejici poterat. *Secundo*, quia satis apparebat, virum illam deseruisse, cum animo nunquam ducendi; cujusmodi malitiosa desertio ipsi matrimonio rumpendo sufficiebat. Denique, favor matrimonii, & ne mulier apta proli creandæ in irritum implicaretur, non levis ratio accedebat: ad libellum supplicem *Lolliæ Harkes d. 28. Aprilis 1680.*

7. Cæterum, an ex ratione Juris Gentium & Divini, Sponsalia pura, id est contractus nuptialis, ne partis quidem utriusque consensu sint revocabilia, mihi, ut ingenue dicam, non admodum liquet. Jus ita dici intelleximus, & recte quasi ex Jure Christiano, vel ideo, quod Reipubl. nihil in universum magis intersit, quam ut matrimonia frequententur, nec contracta revocentur, *l. 2. de jur. Dot.* Sed ratio, quæ ex legibus Christianis hoc jus invexit, est, quod vir & uxor in unam carnem eademque in ossa redigantur, quod non modo ad animum, sed etiam ad corporum conjunctionem spectare, manifestum est. Quid aliud efficiat, ne regulæ naturales; *unumquodque solvitur eo modo, quo colligatum est, & quæ consensu fiunt, ea contrario consensu resolvi*, in nuptiis obtineant, nihil profertur, nisi hæc regula & doctrina: *matrimonium non facit coitus, sed consensus.* At hæc regula dictat, obligationem fidei conjugalis & vinculum matrimonii, esse contractum & perfectum solo consensu; verum quo minus obligatio consensualis, utriusque diverso consensu retractetur, illa regula efficere non potest. Unitas personarum, carnis & ossium, quæ rescissionem non admittit, sola voluntate animorum non conficitur. Ideoque ab illa sola ratio irrevocabilitatis absolute non proficiscitur, sed hæc venit a conjunctione corporum, ut docet Apost. *1.Cor.7.* Qua non interposita, mutatio voluntatis ab utraque parte commissa, videtur esse innoxia, quemadmodum si privatim fiat, ut sæpe accidit, pro crimine non solet haberi, sed & conniventia toleratur. Quod tamen non fieret, si post promulgationem & benedictionem Ecclesiasticam, non secuto concubitu, retractatio fieret: Nec enim vigor publicæ disciplinæ tam manifestam rei sanctæ temerationem, silentio ullo modo transmittere posset.

DE DIVORTIIS.

VIII. Origo Divortiorum, & causæ, propter quas bona gratia fiebant. IX. De jure patriæ potestatis in divortiis. X. Causa divortii communes utrique conjugi. XI. Propriæ contra uxorem & maritum. XII. Quid Jure Evangelico, & Canonico. XIII. An malitiosa desertio, ut ab Apostolo traditur, recipiat, & quam extensionem. XIV. Utrique conjugi par esse jus in his divortii causis. XV. Adulterium videri ipso jure abolere matrimonium. XVI. An parti noxiæ licitæ sint novæ nuptiæ. XVII. A divortii causis distincta Nullitas, ejusque speciem esse impotentiam. XVIII. Corrupta pro virgine ducta, quid juris. XIX. De Separatione mensæ & thori. XX. De morte, & ignoratione mortis.

8. Sed transeamus ad *Divortia*, quorum jus aliud vetus, Romanumque, aliud fuit recentius, Divinum, & moribus hodiernis approbatum. Apud priscos Romanos plus quingentis annis nullum divortii exemplum fuit, quod primum edidit Sp. Carvilius, religionis causa; quod apud Censores jurare coactus fuerat, uxorem se liberorum quærendorum causa habiturum; ea vero quam habebat, ipsi dilectissima, corporis vitio liberos non pariebat, ut refert Gellius *lib. 4. c. 3.* Ab eo tempore paulatim ita invaluit hoc institutum, ut divortiis nihil frequentius fuerit, quemadmodum certe hæc necessitas indivisibilis societatis, ut sunt mores hominum, multis durior accidit, quando nulla societatis in perpetuum coitio, *l. 70. Pro Soc.* quæ moribus etiam bonis, ut discordiarum fomes, adversa creditur, *l. 77. §. 20. de Legat. 2.* cujus veritatis experientia, ne quidem in societate Nuptiali deficit. Causæ divortii bifariam distinguuntur; quod alii cum *bona* gratia discedunt, *alii cum ira sui animi & offensa*, *l. 32. §. 10. de Donat. int. vir. & ux.* Causæ, propter quas bona cum gratia solvitur Matrimonium, recensentur in *l. 60. in fin.* cum *seqq. eod. tit.* Sacerdotium, sterilitas, valetudo, militia, senectus; quando propter illas judicabant matrimonium haberi non posse, ideoque

que *bona gratia* matrimonium dissolvebatur, *l. 62. in pr.* Tametsi non semper has causas bonam gratiam habuisse, verisimillimum est, cum sæpe vetulæ tædio sui dimitterentur, quemadmodum Juvenalis *Satyr. 6.* de tali divortio:

Collige sarcinulas, inquit libertus, & EXI.
Jam gravis es nobis & sæpe emungeris, EXI.
Ocyus & propera: sicco venit altera naso.

Quin & mulier eadem libertate causam repudii præstare poterat, *l. 6. h. t.* Nec deerant potentium dominarum servi & liberti, maritos impares, cum uxoribus essent tædio, insectari, nihilo quam vetulas moderatius, τὸ φρόνημα τῆς γυναικὸς, τὴν δουλοπρέπειαν τοῦ ἀνδρὸς, οἰκετῶν ὀνείδη! ὁ πένης ῥακκοδύτης, ὁ ἄτιμος ἐξ ἀτίμων. τί γὰρ ἦλθεν ἔχων; οὐ πάντα τῆς κυρίας; *Superbiam mulieris, servile mariti obsequium!* Tandem *convitia domesticorum! Egens*, ajunt, *ille, pannis obsitus*, olim, *inhonestus inhonestorum*; *quid habuit cum veniret? nonne cuncta sunt Dominæ?* Chrysostom. *homil. 75. in Matth.*

9. Quin etiam, si bene conveniret, patres habebant olim jus filias a maritis revocandi, & divortium jure patriæ potestatis imperandi, ut probavimus in *part. 2. Digress. lib. 1. c. 18.* Dein Marcus *Imper.* statuit, non esse permittendum Patribus, ut *bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur*, *l. 1. §. ult. de Liber. exhib. Nisi magna & justa causa interveniente, Pater hoc fecerit*, *l. 5. C. de Repud.* ubi Marcus novi juris auctor laudatur. Proinde si filia metu, reverentia, nimiove mariti amore, nullo pacto se a Viri omnibus flagitiis cooperti consuetudine divelli patiatur; pater hodieque sine voluntate filiæ nuptias dissolvere, eamque domum abducere potest, jure, inquam, Codicis; etiam jure novissimo, si causæ divortii sint legibus probatæ, de quibus porro videamus.

10. Jure novissimo Justiniani, causæ Divortii probatæ, sunt vel communes utrique conjugi, vel propriæ singulis. Communes sunt quatuor; Prima Adulterium, *l. 8. §. 2. & 3. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed adulterii mentionem non facit Imp. in N. 117. c. 9. respectu Viri. Et qui facere potuisset, cum de jure civili Vir non committat adulterium?

RESPONSIO.

Quid hoc novi, vir non committit adulterium, qui utique adulter? Ipse textus, quo respicit Thomasius, docet contrarium. Adulterium in Nupta committitur, l. 6. §. 1. ad L. Jul. adult. *a quo nisi a viro? An quia Vir rem habens cum soluta, non committit adulterium; secus ac nupta cum cælibe, an ideo Vir alienam matremfam. corrumpens, non fit particeps communis delicti appellationis? Cur ergo*, ait, *omittitur adulterium inter causas divortii a viro faciendi, in* d. N. 117. c. 9.? *Quia satis eo contineri videbatur, quod diverti ab eo licet, si alias mulieres, invita uxore, domi habeat*, d. c. 9. *idque propter adulterii suspicionem. Quanto magis ob ipsum adulterii crimen?*

N. ADDIT.

Sic ex una lite fiunt duæ. Una, de quæstione, an ex mente Justiniani adulterium a marito commissum, sit causa, ob quam uxor ab eo divertere possit? Altera, an maritus possit committere adulterium? Priorem quod attinet, eam adhuc nego, quia Justinianus recensens causas justas, ob quas mulier divertat a marito, adulterium mariti omisit. Nec juvat Autorem, quasi adulterium mariti comprehendatur sub causa, si alias mulieres invita uxore domi habeat. d. cap. 9. *Id enim plane a Justiniani intentione alienum esse, patet, si quis modo verba Justiniani attente consideraverit. Ait Imperator;* Si quis in ea domo, in qua cum sua conjuge commanet, contemnens eam, cum aliis inveniatur in ea domo manens; aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, & semel, & secundo culpatus, aut per suos parentes, aut per mulieres, aut per alias aliquas fide dignas personas, hujusmodi luxuria non abstinuerit: liceat mulieri pro hac causa solvere matrimonium. *Jam vide Lector, an hæc causa inserta sit ab Imperatore, ut mulier secedat a marito, solum, ut Autor dicit, propter adulterii suspicionem, quanto magis ob ipsum adulterium. Nam primo inconveniens est, causa hujus rationem in suspicione adulterii quærere, cum pellices, de quibus agit* d. §. 5. c. 9. *etsi non semper, tamen plerumque sint personæ solutæ, cum quibus maritum non committere adulterium, concedit. Deinde expresse patet, quod Justinianus hic non respiciat ad ipsum actum concubitus, qui alias adulterium facit, vel ejus suspicionem, sed ad consuetudinem conversationis, & ne uxor cogatur pellicem in una domo vel civitate ferre. Ergo si maritus cum mille aliis extra urbem, ubi domicilium habet, concumbat, imo etiam in ipsa urbe, modo non eam feminam frequentet, vel cæcus palpabit, adversus talem non posse allegari ab uxore istam Justiniani Novellam. Ad secundam quæstionem. Hic mallem, ut Autor ab admi-*

admirabunda illa quæstione abstinuisset: Quid hoc novi, vir non committit adulterium? *nam idem quod ego, ipse Autor alibi. Vide & Prælectiones & Positiones* ad Inst. de Publ. judic. *ubi Autor docet, adulterium esse corruptionem uxoris alienæ, maritum vero, etsi rem cum virgine vel vidua habeat, non committere adulterium, sed stuprum, & ita etiam polygamiam ex principiis Juris Civilis non posse considerari ut adulterium. Sed tamen, urget Autor, maritus cum aliena uxore se conjungens adulter est. Quis hoc negaret? Sed quid hoc ad præsentem quæstionem, est tum adulter intuitu mariti illius uxoris, quam violavit, qui potestatem etiam habet, eum accusandi de adulterio. Non est adulter intuitu propriæ uxoris, quæ non habet jus tori, quæ adeo non potest accusare maritum de adulterio. At de adulterio mariti* intuitu uxoris *propriæ, sermo est, quod adeo semper debet subintelligi, etiamsi non exprimatur. Non tamen intercedo, quo minus hæc verba inserantur ad finem Scholii ad præcludendas in posterum ejusmodi cavillationes. Habes autem simul jam rationem, cur Justinianus ex hypothesi Juris Romani non potuerit uxori concedere divortium, ob concubitum mariti simplicem, etiam cum alia uxore, quia scilicet uxor non habens jus tori, non potest etiam conqueri de toro violato, & illata sibi injuria.*

Secunda communis causa est: crimen perduellionis, aut ejus reticentia. Tertia: Insidiæ alterius vitæ structæ, *d. N. 117. c. 8. & 9.* Quarta communis causa est: consensus partium, quem ut divortii causam improbaverat Justinianus in *Nov. 117. c. 10.* Sed nepos ejus Justinus II, eam causam reduxit in *N. 140. c. 1.* ubi: Θεσπίζομεν ἐξεῖναι κατὰ τὸ παλαιὸν τὰς ἐκ συναινέσεως διαλύσεις ἐπὶ τῶν γάμων ποιεῖσθαι: *Sancimus, antiquo more divortia per mutuum consensum facere licere,* addita ratione, quia nuptiæ fiunt ἀμοιβαδὸν, *consensu mutuo;* Proinde easdem εἰκότως ἐναντία γνώμη κατὰ συναίνεσιν διαλύει, *Contraria sententia per consensum merito illas dissolvit.* Thomasius monet, addendam fuisse quintam communem causam, quæ est Mors, *Scholio ad posit. 9. h. t. lit. f.* Sed agimus de divortio, non de modis finiendi matrimonium. Mors autem non est, opinor, causa divortii.

N. ADDIT.

Ita opinor & ego, & omnes, qui non gerunt cerebrum in calcaneo. Stipes fuissem & supinissime negligens, si dixerim, mortem addendam esse causis divortii communibus. Ubi ergo hoc dixi? in Scholio ad posit. 9. lit. f. *Tu vide Lector & judica. Positio 9.* Moribus hodiernis sequimur Jus divinum novi fœderis, quo duæ tantum causæ cognoscuntur, adulterium, item malitiosa desertio, quæ fit cum animo non revertendi, per quas vinculum quoque ipsum conjugii dissolvitur, ut e textibus liquet, etsi aliter jure Canonico. *Hic ad verba,* duæ tantum causæ, *adjeceram illud Scholium.* Intelligendum hoc est de divortio, ut quod fit inter conjuges viventes. Nam quod morte solvatur conjugium, non est dubium. *(Vides hic me ipsum mortem a divortio separare. Quomodo ergo possem uno quasi halitu mortem velle addi causis divortii communibus? Ideo vero hoc monitum adjeci, quia in fine positionis mentio fit dissolutionis ipsius vinculi, & communiter tres causæ a Theologis nostris & JCtis afferuntur, quibus vinculum conjugii solvatur, mors, adulterium, & malitiosa desertio, ne videatur Autor duas saltem causas recensens, aliquid novi tradere voluisse.)* Unde huc *(id est ad mores hodiernos & modos divertendi receptos)* quoque spectabit causa octava ex posit. 9. non mulieri tantum propria, sed & viro competens. *(Erat vero ibi causa octava: si uxor absentem maritum non temere audiverit esse mortuum.) Ex his ultimis verbis Autor exsculpere vult, quasi jusserim mortem tanquam novam causam addendam esse causis divortii marito & uxori communibus. Quanta supinitas! ne quid gravius dicam.*

II. PROPRIÆ Causæ, quas Vir habet adversus uxorem, sunt etiam quatuor. I. Si cum viris aliis, invito suo, convivata sit. II. Aut cum illis laverit. III. Si foris pernoctaverit alibi, quam apud parentes. IV. Si ludos circenses aut theatrales, sine Viri consensu, spectaverit, *d. Nov. 117. c. 8.* Contra Virum mulieri proditæ sunt totidem causæ. I. Quando vir uxorem prostituit, vel ejus castimoniæ insidiatur. II. Si uxorem temere adulterii accusaverit. III. Si maritus domum suam, invita uxore, ducat habeatque mulierem, aliasve mulieres. IV. Si foris, at in eadem civitate, crebro aliam mulierem visit, & neque monitus desistat. Hoc enim uxori intolerandum, *d. Nov. 117. c. 9.* Alias divortii causas inter conjuges ne quidem pacto in antecessum constitui posse, docet eadem *lex 8. §. ult.* Si ex his causis divortium factum fuerit, Vir quidem statim, mulier post annum, propter incertum uteri, ad alia vota transire potest, *d. c. 8. §. 4. in fin.* Non est igitur, quod

quod quis hasce causas putet esse *separationis* mensæ atque thori potius, quam vinculi conjugalis, etsi nos illud equidem mallemus.

12. Unde enim hæc deformis a jure divino, quo duæ tantum Divortii causæ sunt proditæ, Christianis Imperatoribus discrepantia? Merito equidem hæc licentia Pontificibus displicuit, qui tamen nec ipsi τὸ ὀρθὸν usquequaque tenuerunt, in defectu peccantes; dum negant ullas dari causas, quibus ipsum matrimonium, seu vinculum conjugale solvatur, nisi propter quas ab initio nullum fuisse judicatur, qualis est frigiditas & impotentiæ antenuptialis causa, *l. 1. & tot. t. X. de Frigid. & malefic.* Sed vinculum conjugii nec ob adulterium quidem rescindi, statuunt *cap. 3. Caus. 32. Qu. 5. Cap. 2. dict. caus. Qu. 7.* ubi sic habetur: *Licite dimittitur Conjux ob causam fornicationis, sed manet vinculum prioris. Propter quod fit reus adulterii, qui dimissam duxerit, ETIAM ob causam fornicationis.* Diserte contra quam Christus Dominus, qui reum adulterii facit eum, qui dimissam duxerit uxorem, Ἐκτὸς λόγυ πορνείας, *extra rationem, sive excepta causa fornicationis, Matth. 5. v. 32. Item εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, nisi ob scortationem, Matth. 19. v. 9.* Pontificios quidem Theologi nostri abunde refutarunt, nominatim Spanhemius *dub. Evang. 159.* Sed alii existimant, Christum Dominum illis verbis non exclusisse omnes præter adulterium causas, sed exempli causa adulterium posuisse, non exclusis aliis similibus, quos inter Bucerus *lib. de regno Christ. cap. 36.* & ex JCtis novissime D. Bokelman. *disput. Inaug. medic. 4. ax. 3.* & alienis licet verbis, Struvius *Exercit. 30. th. 41.* Christum agere censens de privatis divortiis, non de publicis, in quibus a juris civilis laxitate non putat abhorrendum. Sed tutior & verior est communis sententia, Christum in his verbis: *Quisquis uxorem dimiserit, extra rationem scortationis, facit eam mœchari*, satis valide præjudicasse Magistratibus & exclusisse causas omnes, ut alia non sit admittenda, nisi ex auctoritate divina; qualem habemus pro malitiosa desertione, de qua Paulus *1. ad Corinth. 7. v. 12. & seqq.* *Ego*, inquit, *non Dominus;* de quo conflictu vide Spanheimium *dub. Evang. 147. sub fin.* & Wissenb. *b. tit. th. 13.* Loquitur de infideli conjuge fidelem deserente; sed ratio ad omnes pertinet, ὐ δεδύλωϯαι ὁ ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιύτοις, *In similibus frater aut soror non sunt obnoxii servituti*, v. 15. Atque hæc extensio ab infidelibus ad quoslibet, suos conjuges malitiose, id est cum animo nunquam redeundi vel se conjungendi, deserentes, * ubique in Protestantium Ecclesiis recepta est, teste Carpzovio *Jurispr. Consistor. lib. 3. tit. 5. def. 86. num. 15.*

13. Ait Apostolus, Εἰ δὲ ὁ ἄπιςος χωρίζεται, χωριζέσθω, *si infidelis separet se, separator.* An separatio præcise tantum respectu habitationis, an vero etiam ratione τῆς συνυσίας, conjunctionis corporum intelligi possit, acerrime disceptatum est Heidelbergæ in exitu anni 1657. & circiter; quo tempore ibi eum agerem, Princeps Elector *Carolus Ludovicus* divortium ex hac causa ab uxore moliebatur; eoque, licet indirecte, pertinebant theses Bokelmannianæ, tum primum januam gratiæ sibi patefacientis. Satis enim constat, Electorem ita contendisse, diu & contumaciter negatam sibi fuisse a conjuge debiti conjugalis copiam, eamque sibi causam fuisse aliam uxorio adfectu tituloque adsciscendi. Si constitisset de diuturnitate temporis, maligno animo, contumacia invincibili, (hæc enim negabantur a parte Electricis. Ille veri, ut ferebant, testandi causa, sacram synaxin in templo majore solenniter celebraverat) jus non usque adeo a finibus veri abhorrere videtur. Major enim est perversio conjugii, ex malitia separare quod solum facit unitatem carnis & ossium, in qua vis matrimonii consistit, quam si domibus separentur, & difficile dictu est, cur Apostoli dictatum, Εἰ χωρίζεϯαι, χωριζέσθω. ὐ δεδύλωϯαι ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιύτοις. *Qui se subducit, subducat se,* non est *addictus servituti in talibus frater aut soror*, huc applicari nequeat. Non defuere & *alias*, qui occurrente notabili exemplo, quo puella Sponso juncta, cum pertinacissime inde ab initio corporis copiam viro, & quidem ejus, ut testabatur, odio, negaret, si in longum durasset,

* De edictali citatione conjugum deserentium, dictum fuit *supra P. II. p. 594.* add. Finckelth. *Obs. 111. n. 15. & Carpz. P. 3. C. El. 26. d. 26.* Non licet autem parti desertæ novum contrahere matrimonium, antequam per sententiam judicis declaratoriam, prius conjugium fuerit dissolutum. Carpz. *Jur. Conf. l. 3. d. 67. sq.* post quam si desertor vel desertrix in territorio Saxonico deprehendatur, fustigatur & perpetuo relegatur, nisi pars læsa matrimonium redintegrare velit, tunc enim, in honorem matrimonii, pœna fustigationis in pœnam carceris commutatur. *Ord. Matrim. d. an. 1624. punct. 3. pr.*

set, divortium peti posse judicarent, & forte petitum fuisset, ni mors prævenisset. His diebus in hac civitate par agit hominum, post prævia Sponsalia comprobata, per sententiam Curiæ coagmentatum, e quibus Vir nec ad lectum, nec ad mensam, nec ad ullam partem consuetudinis mulierem admittit, nec unquam se admissurum dejerat, etsi cohabitationem metu judicis tolerat. Si in hac militia diu satis perseveret, in tecto parietibusque non videtur esse matrimonium. Sed ejusmodi hominem malitiosæ desertionis reum existimarem: Ut tamen id ipsum aliorum judicio prudentiæque libenter submiserim.

14. Porro in his divortii causis, utrique conjugum par est jus & facultas; Tam uxor quam Vir, Divortium petere possunt, etiam jure civili, *d. l. 8. §. 2. & 3. C. h. t. & Nov. 117. c. 9.* Apostolus idem graviter docet, cum utrumque negat τῦ ἰδίυ σώματ☉ ἐξυσιάζειν, *proprii corporis habere potestatem, sed alterum esse in alterius potestate, 1. Corinth. Epist. c. 7. v. 4.* de quo ratio vult, etsi Vir cum soluta rem habens, non sit adulter jure civili, ad divortium tamen hoc æque sufficere, quam si mulier cœlibi se committat; imo etsi cum meretrice rem quis habuerit, uxori ad divortium hoc sufficit, quia ex Apostoli ratione, rumpit vinculum matrimonii, unitatem faciendo cum alia. Etsi jure civili hactenus sit dispar a viro uxoris conditio, tantum in hoc, quod uxor virum publico adulterii judicio reum peragere non potest, *l. 1. C. ad L. Jul. adult.* Thomasius *ad posit. 10.* idcirco id ita placuisse putat, quia vir non committat adulterium; sed hoc abunde refutatum est. Fuerit hac in parte, quod ad usum publicæ accusationis, inquam, inter virum & uxorem differentia: cum etiam in ipso crimine sit evidens discrimen, quatenus vir gravius multo, quam uxor, adulterio læditur; primo interpretatione contumeliæ, qua viri ludibrio extremo per uxorum impudicitiam, mulieres e virorum stupris miseratione magis excipiuntur; dein suppositione partus, quam faciunt adulteræ, ut maritus alienæ prolis habeatur pater. Non opus igitur, ut ex fictitia Thomasii ratione, discriminis hujus momentum repetamus.

N. ADDIT.

Meam vero rationem nequaquam esse fictitiam, sufficienter docuit nova additio modo ad initium n. 10. adjecta.

Plura in hanc rem, aliaque habet D. Wissenbach *ad hunc tit. th. 11.* Idem multis prosequitur hanc positionem, *quod maritus non cogitur uxorem adulteram, licet maxime resipuerit, in thorum recipere, quia pœnitentia non abolet hoc delictum. l. 43. §. 4. de Rit. Nupt.* quod proinde respectu uxoris, si vir adulterii convictus gratiam redintegrare velit, statuendum vult eadem ratio. Verum quod is, qui deprehensam in adulterio uxorem retinuit, adulterumque dimisit, lenocinii reus sit, & Lege Julia punitur, *l. 29. in pr. ad L. Jul. Adult.* ad uxorem non extenditur. Nec etiam extra hanc causam videtur maritus prohiberi, adulteram pœnitentem recipere & penes se retinere, *Nov. 134. c. 10.* nec uxori adulteræ adhærere, si malit, quam cedere, fraudi est. Imo quoties reconciliatio intervenerit, expressa vel tacita, divortio renunciatum intelligitur. Et tacita censetur reconciliatio, quando post cognitum adulterium, pars innocens debitum conjugale cum adultero adulterave communicavit, ut servatur & judicatum est apud Sandium *2. 6. 2.*

15. Ex eo tamen, quod Conjuges libertatem habent utendi jure suo vel non utendi, non sequitur, adulterio matrimonium ipso jure non solvi, ut vult D. Wissenbach ad *h. tit. th. 12.* laudans Bachovium *vol. 2. disp. 6. in fin.* Dicendum potius videtur, essentiam matrimonii consistere in fide conjugii, ac unione corporum rupta, alteroque ad unionem tertii segregato, matrimonium hoc ipso, ante declarationem judicialem rumpi; Ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν, *fient ambo una caro.* Ὁ δὲ κολλώμεν☉ τῇ πόρνῃ ἓν σῶμά ἐστι; *Qui autem scorto se adjungit, una cum illa fit caro.* Ideoque ruptum est vinculum unitatis: quod est matrimonii; Quanquam si de facto dubitetur, judicis opus est declaratione, sicut in omnibus, quæ *ipso jure* dicuntur existere, fieri, notum & necessum est. Verum si res certa & clara sit, detecta ἐν ἔργῳ, confessione, vel re ipsa utero, vel partu indubitata, non opus est expectare judicis declarationem. Potest confestim repudiari, nec erit polygamiæ crimen, si pars innocens aliud matrimonium contrahat, etsi priusquam novas nuptias publice exequatur, Judicis expediat adhibere decretum. Sic vult ratio, nec usus, opinor, abhorret, jus divortii per se existere, facto esse opus ad executionem, cum si tu neges adulterium ipso jure matrimonium solvere, polygamus foret, qui ante sententiam nova vota contraheret. Hinc etiam ad objectiones respondendum. Wissenbachius in contrarium nititur, per *l. 8. C. h. t.* quæ dicit,

nium, quæ eum fere tractum temporis habeat, atque ex animo derelinquentis colligenda sit, non habet terminos habiles immediatæ nullitatis. Deserenti autem novæ nuptiæ non videntur esse negandæ, ubi desertus vel deserta sese alii conjunxerit; nec prius ullo modo sine crimine polygamiæ: Quia quod malitia desertionis dat causam divortio, non nisi in favorem derelictæ, minime ut desertor liberetur, receptum esse, manifestum est.

17. Porro a causis divortii, de quibus adhuc actum, differunt causæ nullitatis, quando commissum est aliquid contra essentialia matrimonii requisita, veluti cum ante competentem nuptiis ætatem matrimonium est contractum, aut per vim, per dolum dantem causam, sine consensu patris, in cujus potestate sit is eave, qui duxit aut quæ nupsit; denique si ratione sanguinis aut adfinitatis illicitum sit matrimonium; his enim casibus cum nec vir, nec uxor, nec dos, nec matrimonium sit, non opus esse rescindi, cum inde ab initio nihil actum sit, docet Justinianus *in §. pen. I. de Nupt.* & de causis ad *tit. I. & ff. de Nuptiis* late satis actum est: Hoc solummodo notandum, posse aliquando rigorem nullitatis rescripto Principis ob exquisitas æquitatis aut utilitatis publicæ causas mitigari; maxime propter temporis diuturnitatem, statumque liberorum, ut notabiliter exemplo a Marco & Lucio Imperatoribus est demonstratum, in *l. 57. de Rit. Nupt.* Inter causas vero nullitatis referendam esse mariti impotentiam, *supra* dictum est ad *tit. de Ritu Nupt.* quibus heic nihil opus est, nisi quod ad executionem, quæ similis est Divortio, pertinet, quando & Justinianus Repudium vocat, quod ex hac causa instituitur in *l. 10. C. de Repud.* ubi conceditur executio hujus causæ, si maritus ab initio matrimonii per *duos annos continuos uxori minime coire potuerit*; sed hodie triennii patientiam exercere debet, ex ejusdem Justiniani Constitutione *in Nov. 22. c. 6. & Auth. sed hodie. C. d. tit.* Impotentia superveniens post inchoatum matrimonium patienter toleranda, nec separationi quidem habitationis justam causam præbet, ut ubique servatur, & testatur Carpz. *lib. 2. Jurispr. Consist. Def. 200. & 203.* Postremo potest heic quæri, An sicut mulier triennium expectare cogitur, eadem patientia Viro præstanda sit, forte si tam arcta sit mulier, ut mulier fieri nequeat, quemadmodum loquitur *l. 14. §. 7. de Ædil. Ed.* Non videtur.

SCHOLIUM.

Sed poterit citius liberari a tali conjugio, quia nimirum, ut Imperator dicit d. Nov. 22. cap. 6. *exempla non defuerunt, impotentiam in marito cessasse, quod de arcta sperari non potest.* Conf. Carpz. d. l. def. 201. *Idem tamen etiam mulieri concedendum erit, ut triennium non cogatur expectare, si vir ob excessum in quantitate ad congressum sit inhabilis.*

18. Vulgata hujus loci Quæstio est, si corrupta pro virgine ab ignorante ducta sit, (scienti enim nulla querela,) utrum hæc sit nullitas, vel an Divortio sit locus, an neutrum. Non esse nullitatem, quia cum vitiata æque omni ex parte quam cum integra, matrimonium consistere potest, haud dubie statuendum, idque contra Treutlerum, aliosque facile probat Bachovius *vol. 2. disp. 6. th. 6. lit. E.* Super divortio summa quoque varietate disputatur. Pro divortio frequens usus est temporum, teste Carpzovio *Jurisp. Consistori. lib. 2. tit. 11. def. 193. & sequ.* Proque ea sententia militat cum jus Divinum, *Deut. 22. v. 21.* & Canonicum, *can. un. 29. Qu. 1. in fin.* tum ratio, quod sciens talem non præsumitur fuisse ducturus; *Nihil enim magis*, inquit Leo Cæsar hac ipsa de re, *matrimonio adversatur, quod opinio, non veritas copulavit, Nov. 39.* Wissenbachius noster *ad tit. de Sponsal. th. 3.* inclinat in distinctionem Harmenopuli & Patricii Græcorum, ut si mox ab initio vir dedecus sponsæ detexerit, *ἐν τῷ καιρῷ τῦ γάμυ, in ipso tempore Nuptiarum, ἐν αὐτῇ τῇ νυκτὶ, in ipsa nocte prima*, sit viro potestas repudiandi, postea vero ὐκ ἔχει, ajunt, *ἐξυσίαν ἐκδιώκειν τὴν γυναῖκα, non habet jus expellendi mulierem.* Cui sententiæ dedit occasionem id, quod in *Deuteronomio* legitur *d. cap. 22.* Eo quoque respexi in responso, quod retuli in *Jurisp. hodierna lib. 1. c. 6. n. 10.* Civis Franekeranus duxerat uxorem, forma, ingenio & moribus, ut videbatur, minime vulgarem; quæ post dies *unum & sexaginta supra centum* a nuptiis contractis, pepererat infantem perfectum & validum. Persuaserant viro bono, mulier, obstetrix, & amor, non esse hoc præter naturam, donec cognati secus inculcarent, qui & repudium urgebant, contra quod ipse, si modo infantem, uxore retenta, agnoscere non cogeretur, emollitus erat. Consultus respondi, de infante nihil esse dubii, cum dies *viginti duo* ab his, qui Legibus requiruntur, deficerent, secundum ea, quæ diximus ad *tit. ff. De Statu*

Hominum. n. 4. Part. II. pag. 548. Divortium vix esse, ut post tanti temporis spatium impetrare posse videretur. Duas enim minimeque plures Divortii causas, probant Ecclesiæ Reformatæ, quas habuimus, adulterium & desertionem malignam; ab adulterio autem hujusmodi stuprum procul abest, ut laudatus etiam Harmenopulus scribit, *ἀνάγκη λύεσθαι τὸν γάμον, μὴ κατακρινομένης γυναικὸς ἐπὶ μοιχείᾳ, διὰ τὸ πρὸ τῦ γάμυ πλημμεληθῆναι τὸ ἁμάρτημα. Matrimonium quidem solvitur, sed adulterii mulier non tenetur, quia peccavit ante matrimonium. lib. 60. tit. 37. in fin.* Secundum hæc in nostra Positione *ult. ad h. t.* scripsimus, esse locum divortio, si ante copulam, vel statim post eam detectum sit vitium, non æque si conjugium sit inveteratum. De Sponsalibus equidem, sive de contractu matrimonii, si quidem eo necdum impleto detecta sit turpitudo, parum credo fore difficultatis; quando & Josephus justitiæ laudatur, quod Sponsam *ἐν γαστρὶ ἔχυσαν, prægnantem*, clam derelinquendam putaret, *Matth. 1.* Quid post celebrationem publicam, & juxta, vel statim a concubitu, servaretur apud nos, vix ausim adfirmare; difficilius sane ejicitur, quam non admittitur hospes. Lex Mosaica, quæ mortem infligit mulieri, ob stuprum antecedens domi Patris admissum, hodie non obtinet. Notas etiam læsæ virginitatis non esse certas, satis constat, ut actus *prima nocte e lecto exiliendi*, de quo Harmenopulus *d. loco*, inter homines cordatos usum fidemque non inveniret. Magis igitur est, ut si cui tale quid post Nuptias innotuerit, is forti animo suum malum ferre debeat; quemadmodum, si nobilem, divitem, sanam, modestam opinatus, quædam vel omnia secus experiatur. Jure Canonico, cujus in hac materia non levis, etiam apud Protestantes, auctoritas, præcedentia stupra Nuptias non rescindunt, ne Sponsalia quidem, utiq; de præsenti quæ vocant, *c. 25. X. de Jurejur. & c. 1. c. 29. qu. 1.* De mariti stupris antecedentibus nulla movetur Quæstio, neque valet heic argumentum a Wesenbecio *ad tit. de Nupt. n. 8. ex Rubr. Quod quisque jur. in alt.* Hactenus enim longe dispar est ratio mulierum, quam virorum, ut nemini obscurum esse potest; Etsi durante matrimonio, *Lex eadem, quæ uxori, sit viro.*

19. Hactenus de vero divortio. Est & aliud instar divortii, quod Jure Canonico est unicum, *cap. 2. & t. t. X. de Divort.* Dicitur, a thoro ac mensa:* Cujus causa præcipua, sævitia immanis mariti, aut procacia intolerabilis uxoris, vel etiam hujus insidiæ contra viri incolumitatem; denique, si, quod plerumque accidit, uterque sit in culpa inimicitiæ atrocis odiique irreconciliabilis, Carpz. *Jurisp. Consist. lib. 2. tit. 11. def. 189. def. 192. & seq.* non aliter tamen quam causa cognita, tentatisque prius omnibus remediis suadendi & compellendi. Sæpe enim usu venit, ut mulieres instituant, sicut in *Menæchmis Plauti* matrona:

Pater, vivere hic non possum neque durare ullo modo,
Proin tu me hinc abducas.

Ut tamen examinatis causis, uti illic, tales minime reperiantur. Quamvis etiam uterque conjux segregationem petat, non nisi causa cognita permitti debet. Ideo rejecta fuit petitio conjugum, qui Supremæ Curiæ libello supplice declarabant, se non posse una vivere, separatione opus sibi esse a mensa & thoro, nec posse aliter; Ita ad Libellum supplicem cujusdam *Take Eelkes & Aeske Folkerts. d. 1. Jul. 1680.* Quod si abunde constet, de inimicitia capitali, de remediis irritis, nec alius detur exitus, pro extremo remedio non gravatur Curia nostra, ad petitionem utriusque conjugis, in hoc solo conspirantium, concedere separationem, spe reconciliationis hac via procurandæ. Ita par hominum notabile in hac Civitate decreto Curiæ ad ipsorum supplicationem vidimus separatum; postquam civilis & ecclesiastica in illos censura fatigata, omniaque tentata remedia in irrium cessarant; cum prius quoque privatim in separationem consensissent, eamque chirographo obsignassent, quo fidem dabant, nunquam redituros in unum, licet extrema alterius paupertate vel miseria, ut mortem funestissimam ambo

* Hæc, cum ad tempus tantum fiat, & secuta reconciliatione iterum cesset, non adimit apud nos etiam conjugi nocenti, id est ei, qui separationi causam dedit, jus successionis statutariæ in bona conjugis defuncti. Moller. *P. 3. Const. El. 36. n. 3.* ibique Carpzov. *def. 15.* Id. *Jur. Consf. l. 2. def. 215.* atque ita *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Febr. 1711.* Dissent. Berl. *P. 3. Concl. 36. n. 28.* Brunn. *Jur. Eccl. l. 2. c. 17. §. 32.* Cæterum, non nisi Magistratus autoritate hujusmodi separatio suscipi potest, si enim privato Conjugum arbitrio & conventione facta sit, utrosque carcere coerceri jubet *Ord. d. Matr. d. punct. 3. §.* würden. donec se invicem in matrimonium recipiant. Conf. Carpz. *Jur. Consf. l. 2. def. 215.*

præo-

præoptarent, neque tamen non redierant, successu perverso, ut fere id genus ingenia se habent *ἀνδρες*. Ubi res ita constat, non opus est singula in judicio discuti: quæ dedecore & homines & matrimonii secreta cumulare solent. Ideo bene Alcibiades uxorem, apud populum contra verum domestica declamantem, brachiis suis sublatam domum deportavit. Accommodemus huc Ovidii versiculos *de Remed. am. 2.*

Tutius est aptumque magis discedere pace,
Quam petere a thalamis litigiosa fora.
Nec causas aperi, quare divortia malis,
Nec dic quid doleas, clam tamen usque dole.

Quod si alter sine judicis auctoritate secesserit, quid tum ratione redituum & alimentorum juris sit, dicere occupavimus ad *tit. ff. Pro Soc. part. praced. pag. 968.*

20. De morte nihil opus est monere, per eam solvi matrimonium. Verum si maritus procul & diu absit, neque constet, utrum sit mortuus, an vivat, si mulier nova conditione potiri possit, & cupiat, molestæ quæstionis est, an permitti possit; idque sæpe in his regionibus ob longinquas navigationes usu venit. Quam difficilis explicatu visa sit hæc propositio Cæsaribus, loquuntur textus juris. Nam Constantinus quadriennio elapso, mulieri, quæ nullum sospitatis viri indicium habere potuit, alias nuptias permisit in *l. 7. C. de Repud.* jam antea, quinquennium fuerat definitum, *l. 6. de Divort.* Justinianus tandem ad decennium tempus produxerat, *Nov. 22. c. 14.* Sed postremo, quantocunque tempore vir desideretur, mulier sustinere debet, nisi ille, sub quo militat, responderit, eum vere esse mortuum, idque apud acta judicii cum jurejurando deponatur: Non ut dux, sub quo stipendia facit, juret, sed is, qui illum rogavit, *Auth. Hodie. C. de Repud.* ex *N. 117. c. 11.* Responso ducis æquipollent hodierni apud Societates navigationum Indicarum catalogi publici viventium & mortuorum. His non bene convenit, quod Wissenbachius noster ad *h. tit.* habet *th. 14.* ubi, postquam hæc ipsa tradiderat: *Deficientibus*, inquit, *probationibus, post exactum certum annorum numerum, peractumque edictorum, citationum, denunciationumque ordinem, si non revertatur maritus, non dubitamus cum Paulo pronunciare: Non esse servituti subjectum fratrem &c.* Hæc malitiosæ desertioni conveniunt; Sed minime casu, quo probationes deficiunt, usu veniunt. Tunc enim mulieris est, omni modo & *quantiscunque annis* abstinere, *d. Auth.* Vide tamen & applica, sis, ad hanc speciem, quod habuimus ad *tit. De Probat. & Præsumpt. num. 19.*

TIT. III.

Soluto matrimonio, Dos quemadmodum petatur.

I. An & quando constante matrimonio dos repeti possit. II. Qualis actio detur mulieri. III. Muliere mortua, quid juris in dote adventitia. IV. Quid in dote profectitia. V. Quando cesset repetitio dotis & donat. ante nupt. *VI. Beneficia Mariti respectu hujus actionis. VII. An soluto matrimonio, Dos promissa a marito post mortem liberorum peti possit. VIII. Exceptio dotis cautæ, non numeratæ. IX. Usus earum rerum.*

Dotium usu minus hodie frequente, non esse tantum hujus tituli, quam olim fuit, his temporibus usum, facile præsumetur. Non potest tamen, neque debet ejus expositio negligi; etsi minore digrediendi, vel proprias ex usu rerum observationes & exempla proferendi occasione, licebit nobis esse brevioribus. Rubrica significat, heic agi de repetenda Dote, soluto Matrimonio; namque eo consistente, repeti non posse Dotem, pro ejus sustentatione datam res ipsa loquitur. Excepto casu manifesti periculi, ne mulier indotata fiat, quod accidit per inopiam mariti eo redacti, ut ejus bona doti reddendæ non sufficiant, *l. 24. h. pr. h. t. l. 29. C. de Jur. dot.* idque licet antea viri inopiam non ignoraverit, ut videtur, & defendit Bartolus, eumque post alios secutus Wissenbachius ad *l. 29. C. de jur. Dot.* quia summa ratio, ne mulieres indotatæ fiant, *l. 1. h. l. 2. de jur. Dot.* validior est, quam quod quisque facilitatis suæ pœnam ferre debeat, *l. 3. §. ult. Ut in poss. Legat.* E ratione prædicta sequitur, maritum, oblato fidejussore, restitutionem intempestivam dotis evitare posse, *d. l. 24. §. 2.* etsi dissentiat D. Wissenbach *ad h. tit. th. 1. & d. l. 29.* Quin etiam marito ad bonam copiam reverso, dotem ultro esse restituendam, vult ratio *l. 4. §. 1. de Muner. & honor.* Gail. *2. obs. 85.* Wissenb. *d. th. 2. in fin.* Eadem dotis amittendæ ratio vult, repetitionem esse dandam, si maritus sit deportatus, *l. 1. C. de Repud.* Denique, si maritus ultro dotem,

con-

constante matrimonio, reddere velit, non potest, quia donatio foret, *l. un. C. Si dos const. matrim. sol.* nisi fiat ob causas alimentorum, similesque valde necessarias, *l. 73. §. 1. de Jur. Dot.*

2. Soluto matrimonio, dabatur olim actio rei uxoriæ, id est Dotis, quæ erat bonæ fidei; sed pro illa Justiniano placuit actio ex Stipulatu, quam suo arbitratu admodum singulari jure constituit, *in l. un. C. de Rei ux. act.* Nam primo datur & dicitur ex Stipulatu hæc actio, licet inutilis aut nulla stipulatio interposita sit, *d. l. un. in pr.* Eadem est bonæ fidei, licet omnis ex stipulatu actio sit stricti juris, *§. 2.* Habet denique tacitam hypothecam & privilegium, de quibus actum quod satis est, ad *tit. Quib. ex caus. pign. tac. & Qui pot. in pign.* Datur autem hæc actio Mulieri matrimonio superstiti, aut aliis ex Pacto, contra maritum, vel ejus heredes. Mulieri datur, sive divortio, seu morte mariti rupta sit copula, quamvis ipsa non dederit dotem, sed pater, avus, aut extraneus, tametsi mulier ab eo sit exheredata, *d. l. un. §. videamus. 11.* Nam hoc ipso, quod Dos est data, jus ejus mulieri acquisitum est, *l. 7. de Pact. dotal. & l. 7. C. h. t.* Si tamen filia adhuc in potestate sit, (quod hoc seculo vidua non habet facultatem,) Pater actionem instituit filia consentiente, vel hæc, sub cautione ratihabitionis paternæ, *l. 22. §. 4. in fin. & §. 5. h. t. l. 34. l. 5. de Legat. 2. d. l. 7. C. h. t.* Emancipata igitur, & *hodie* quælibet Nupta dotem sola repetit, *dd. ll.* Scilicet, vel res ipsas, vel æstimationem, si dos æstimata fuerit, *l. 5. & l. 10. C. de jur. Dot.* cum fructibus rerum ipsarum, post finem matrimonii perceptis; ultimi anni fructibus, pro rata temporis, dividendis, *d. l. un. §. cumque 9.* juxta *l. 6. l. 7. §. 1.* de qua videatur Wissenbach ad *h. tit. th. 20. l. 11. & l. 31. §. ult. h. t.* Contra tertium, habet mulier Rei vindicationem, ut domina, vel hypothecariam, pro hypothesi, qua vir dominus statuitur. Ita enim fluctuantem videas Imperatorem in famosa *l. 30. C. de jur. dot.*

3. Muliere mortua, Dos adventitia manebat olim penes maritum, ejusque lucro cedebat. Ulpian. *fragm. tit. 6. §. adventitia. l. ult. §. pen. Ut legat. nom. cav.* nisi vir uxoris mortem vindicare neglexisset, tum enim in fiscum redigebatur, *l. 20. & sequ. de His, quæ ut indign. l. 27. de jur. Fisc.* Quanquam si vir ipse eam occidisset, ad heredes uxoris pertinebat, *l. 10. §. 1. h. t.* Cur tam varie? Quia hoc casu vir dotem plane non acquirebat, ideoque nec a fisco ob ejus delictum publicari poterat. Sed priore casu dotem prius acquisiverat. Constat etiam, si dotis dator pactus esset, eam sibi restitui, idque in continenti, ad hunc reverti Dotem; Sed pactum ex intervallo, dote jam mulieri, quæsita non aliter valebat, quam si hæc consensisset, *l. 7. de pact. dot. l. 20. §. 1. eod.* Jure novo Dos adventitia ad heredes mulieris, nisi aliter convenerit, pertinet, *d. l. un. §. 6.* Et cum promissiones quoque jus ad heredes transitorium pariant, Dos promissa similiter ab herede mulieris peti poterit, nisi jure vel pacto, Dos soluto matrimonio ad promittentem reverti debuerit, per *d. §. 6.* quo pertinet, quod Sandius tradit *lib. 2. tit. 2. def. 6. in pr.*

4. De dote profectitia, muliere mortua, doctrina juris antiqui fuit, eam reverti ad patrem, vel avum paternum; *jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret, l. 6. in pr. de jur. Dot.* Alibi, *Pater profectitiam Dotem potuit petere, si filia constante matrimonio, decessisset. l. 5. de Divort.* Ad virum autem non pertinebat ejusmodi Dos, uxore mortua. Jus hoc patri competebat, eoque casu dos ad heredes transmitti non poterat, nec adeo ad liberos, nisi vi pacti, *d. l. 26. in pr.* cujusmodi Pactum tacite initum intelligitur, si convenerit, ut *in matrimonio sine liberis defuncta filia, Dos retineatur, d. l. 26. §. 2.* quamvis aliter D. Wissenbach. ad *h. t. th. 17. vers. objicio. d. l. Inter socer.* Absque pacto, pater qui dotem dedit, eam recuperat, etsi liberi supersint, inquam, *dd. ll.* Durius hoc videtur, cum dos data filiæ dicatur illi acquisita; *l. 7. de pact. dotal.* eam ad liberos non transire. Quæ res facit, ut quamvis in puncto juris, quod ajunt, verius sit quod posuimus, idque pars major Interpp. statuat, in Foro tamen diversum obtinuerit, ut refert Sandius *lib. 2. tit. 2. def. 5.* quam & Schotanus, qui libenter usum fori cum Legibus componit, sequitur in *exam. ad h. tit.* Ad rationes, quibus hæc pars nititur, facile respondet Wissenbachius noster ad *h. tit. th. 17.* nisi quod ad legem *26. §. 2. de pact. dot.* nos aliter modo respondimus. Ad *l. 40. h. t.* respondet D. Wissenbach. per emendationem Cujacianam ex Basilicis. Si quis a Florentino recedendum non putet, is videat, an hoc modo respondere liceat. *Post dotem datam & nuptias contractas stipulatus est pater, filiæ voluntate divertio facto, Dotem dari.* Dos eo casu filiæ acquisita fuerat, ut in casu divortii ad illam reverti deberet, *l. 7. de pact.*

pact. dotal. Consensit tamen patri, ne divortio facto dos ad se rediret; sed maternus affectus dictat, eam noluisse patrimonium suum abjicere, in præjudicium liberorum. Ergo, *si conditio stipulationis impleatur*, divortio secuto, & pater statim agere velit, *exceptione summovendus erit*, ut *in fine Legis*, in favorem liberorum, qui extant vel extare possint, & quos filia tacite excepisse videtur. Verum *si postea mulier, sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat.* Quid valeat præsumptus amor liberorum, in ambiguis conventionum ultimarumque voluntatum interpretamentis, undique constat, & docet *l. 102. de C. & D.* idem in hac materia *d. lex 26. §. 2.*

5. Quid restituere debeat maritus uxori, ex natura rerum, quæ datæ sunt in dotem, existimandum: Si dos sit æstimata, quantitas æstimationis reddenda, *l. 5. & l. 10. C. de jur. Dot.* nisi æstimatio taxandi causa fiat duntaxat, hoc autem agatur, ut res ipsæ restituantur, quod fieri videmus in *l. 69. §. cum res. 7. de jur. Dot.* etiam ut optio detur alterutri, *l. 10. §. ult. eod. tit.* Si vero species sint datæ, maritus quod inde superest, reddit, neque de periculo, si res attritæ vel diminutæ sint, aut perierint, tenetur, *l. 10. h. t.* Res etiam immobiles, adeoque fundos restituit, ita ut finito matrimonio existunt, nec, si deteriores sint, tenetur, si modo dolus & culpa absuerint. Veluti in fundis habentibus lapidicinas aliasve fodinas, vir excisum marmor acquirit, *l. 7. §. si vir. 13. & seqq. h. t.* quod si lapis renascatur, marmor est in fructu, & si fundus melior sit factus, impensas quoque recuperat maritus, *l. ult. de Fund. dot.* Hinc etiam, quando ususfructus specialiter in dotem datus est, vir fructus percipit, & finito matrimonio, usumfructum, sicut est, non fructus perceptos restituit, *l. 7. §. 2. de jur. dot.* Atque ita jus illorum locorum satis intricatum, accipi posse videtur. Unde liquet, plus juris habere maritum in dote, cujus sit dominus, quam jure societatis in rebus ab uxore simpliciter illatis, quemadmodum probavimus ad *tit. pro Socio. n. 9. & 10. part. praeced. pag. 965. seq.* ubi tamen quod de Reditibus annuis & de usufructu diximus, ex ratione juris, ut nobis videtur, plerisque in foro non probari, indicavimus: qui volunt, Reditus annuos ad vitam, & fructus ex usufructu cedere communioni, nec quicquam inde finito matrimonio, reverti; ac ita post nostrum e Foro discessum ab Amplissimo Senatu judicatum intelleximus, in *causa Johannis Balk* M.D. *Requirentis, contra heredes Remeri Antonii, Requisitos. d. 27. Mart. 1683.*

6. Amittitur jus mulieris in petenda Dote, per adulterium, adde sis, malitiosam desertionem; & juxta Dotem, maritus liberis deficientibus, ex reliquis ejus bonis lucratur summam, quæ tertiam dotis partem æquat: Liberis autem existentibus, & Dos & reliqua bona servantur. Per mariti adulterium, uxor donationem ante nuptias lucratur, quæ una cum reliquis bonis cedit ejus liberis, aut illis deficientibus, uxori jure proprietatis. Sed non capit tertiam donationis partem, ex reliquis mariti bonis, ut virum ex illius bonis capere diximus, verum hujus cætera bona per adulterium in Fiscum rediguntur, *Nov. 117. c. 8. & 9.* Quod de osculo quæris hac parte Wissenb. *th. 22.* nostris moribus non meretur examen. Sed de vidua, quæ intra annum luctus stupro se polluit, notandum heic loci, illam perdere donationem propter nuptias, si Statuto vel pacto apud illam remanserit, *Nov. 39. cap. ult.* & præterea patitur easdem pœnas, quæ infliguntur mulieri intra annum luctus ad secundas Nuptias transvolanti, *d. N.* quas *supra* habuimus ex *l. 1. & 2. C. de Secund. Nupt.*

7. Conventus super Dote maritus, habet duplex Legis beneficium. Primum est, quod res mobiles (immobilibus statim restituendis,) & incorporales, non nisi post annum restituere cogatur, atq; deinceps ad usuras teneatur, *d. l. 10.* Nescio, unde Wissenbachius noster ipsius anni, quod marito indulgetur, fructus ad uxorem pertinere contendat, Fachinæum laudans & Zasium *th. 21. h. t.* Rectius, ni fallor, Tuldenus tenet contrarium, nec id obscure e *d. §. 7.* colligitur. Est autem hoc qualecunque beneficium in loco annuæ, bimæ, trimæ diei, quibus olim discretæ dilatæque erant pensiones Dotis, *d. §. 7.* Alterum mariti beneficium est, quod non teneatur ultra quam facere potest, hoc est, ne egeat, *l. 12. & seq. h. t.* Cui nec renunciare potest, quia contra bonos mores esse videtur, ut maritus ab uxore nudus prostituatur, *l. 14. §. 1. h. t.* Socer etiam quando a nuru convenitur, ad dotem ab illo susceptam restituendam, gaudet eodem beneficio, *l. 17. in pr. h. t.* Nam æque socer a genero conventus ad promissam Dotem præstandam, soluto matrimonio, casu quo ad virum pertinet; secus, si tempore matrimonii contra socerum agatur, *l. 21. & l. 22. de Re Judic. juncta l. pen. de jur. Dot.*

8. Non prohibetur igitur gener a socero Dotem

tem promissam petere, soluto matrimonio, si modo ad dantem finito matrimonio, non sit reversura, *d. l. 22. & l. pen.* Consequenter, si ad liberos defunctæ mulieris Dos pertineat, ut hodie ad illos pertinet, pater pro illis, aut ipsi dotem a socero vel ab eo recte petunt, *l. 29. §. 1. de Pact. Dot.* Sandius tamen *2. 2. 6.* in diversum inclinat, super hac specie: *Titius Filiæ suæ Gajo nuptæ & moribundæ promiserat, se ei Dotis nomine tantumdem daturum, quantum filiæ suæ natu majori dedisset. Filia decessit relicto filio.* Non vocat in dubium Sandius, quin filio isti Dos promissa deberetur. *Sed filius ille paulo post etiam in humanis esse desiit,* herede patre. Quod filio isti fuerat quæsitum jus, hoc ad patrem ejus heredem omnino pertinere videbatur. Sandius tamen contra statuit secutus Tessaurum & Barbosam, idque hac ratione; quod jure Civili Dos profectitia ad Patrem, qui dedit, muliere defuncta redeat: hodie quidem secus esse receptum, ad hoc, ut novum jus esset restringendum ad Dotem datam, & in promissa Dote jure antiquo standum. Sed hæc distinctio multo minus coloris, quam prior sententia valoris habet; scil. jura liberis quæsita in Patrem, ut heredem, transire debuisse. Quibus accedit, quod pater moribundæ filiæ promittens, ad casum post mortem & ad heredes imprimis spectasse videbatur. Hoc etiam movet, non fuisse Dotem illam proprie loquendo, quam pater filiæ moribundæ promitteret; Quippe Dos marito datur, ut supra ad *tit. de Jure Dotium* observatum, *l. 5. §. 9. de Jur. Dot. l. ult. C. de Dot. promiss.* Quando autem filiæ datur a parente peculium matrimonii causa, hæc est liberalitas, cui similem parentes filiis maribus nuptias contrahentibus dare solent, quæ fit quidem nuptiarum causa, sed non est *Dos*. Hæc nunquam viris datur; at ista peculia viris æque ac feminis dantur, eodemque nomine vocatur, *Medegifte*, Frisiis *Uitbernsinge*, quasi dicas *Exfiliationem*, expositionem liberorum ad nuptias: Has pecunias a parentibus aliisve acceptas, vir novus & uxor conferunt in unum, & vocantur utrimque *Inbreng, Collata bona*, aliena a natura Dotis; nec si Dos vocentur, erunt Dos; Quin sermo noster non habet vocabulum, quo *Dos* exprimatur, vox *Houwelyks-gifte* vocabulum generale est, æque ei, quod viris datur, inquam, ac quod feminis, conveniens. Ergo male Sandius a natura Dotis profectitiæ Romanensis, ad donationem, quam faciunt parentes suis liberis, ut in communionem matrimonii inferantur, qualis erat illa promissio, argumentatur. Quin jam fortius dicendum; quod pater ita se donare professus est filiæ, id ipsi pleno jure acquiri, & ad heredes transire, licet necdum sit traditum; nedum ut dubitari fas sit, an quod a parentibus est traditum, ad liberos eorumque heredes transmittatur, sicut in eam partem Sandius evidenter propendet, *d. lib. 2. tit. 2. def. 6.* Bene est, quod Curia secundum ejus rationes non judicavit, sed generum ideo repulit, quod promissionem a socero factam non satis probaverat, ut refert *in fine d. Decis. 6.* Ex his velim suppleatur, aut corrigatur, quod posuimus in *Jurispr. vernac. lib. 1. c. 8. n. 23.*

9. Postremo loco, si Dos non data, sed promissa tantum, sive cauta sit, maritum scilicet, non teneri ad restituendum, satis indubitatum est. Quod si Dotalibus instrumentis sit cautum, ut fit, Dotem esse datam; conventus maritus habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, intra annum a soluto matrimonio, si matrimonium non constiterit ultra biennium: Si diutius manserit incolume conjugium, maritus exceptionem intra tres a finito conjugio menses opponere debet; nisi per decennium vixerint una conjuges, tum præsumptio juris & de jure, quod ajunt, est, Dotem, quæ soluta dicitur, revera fuisse præstitam, *l. ult. & Auth. seqq. C. de Dot. caut. non num.* Quod si maritus non conveniatur, idem haud dubie faciendum, quod in exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ locum habet in mutuo, fieri solet; ut vel protestatio fiat de solutione non facta, vel condictio instrumenti, quo confessio Dotis acceptæ continetur, ut expositum est ad *tit. Inst. de Liter. Obligat. n. 2.*

10. Hæc equidem in veris dotibus cur hodieque locum habere nequeant, causam non video, * & apud nos servabuntur, per ea, quæ Sandius habet *2. 2. 5.* Sed adsentior Grœnewegio ad *d. tit. C. de Dot. caut. non num.* rarissime fieri ut obtineant, quia veræ Dotes admodum raro con-

* Apud nos ex iis, quæ de successione mariti supra *P. I. p. 276.* monita sunt, facile potest constare, dotem, sive profectitiam sive adventitiam, uxore mortua non ad ejus hæredes reverti, si in mobilibus consistat, sed, salva tamen liberorum & parentum legitima, marito cedere. add. Zobel. *P. 3. diff. 9. 11. 12.* Carpz. *P. 3. C. 11. def. 31.*

stituun-

stituuntur. At quando mulieres petunt sua bona in communionem illata conjugalem, verius est, maritum, qui confessus est in instrumento, quid ab uxore acceperit, non habere exceptionem solutionis, vel traditionis non factæ, quam non nisi in terminis Lege specialiter expressis dari, constat. Non habebit hic etiam locum dilatio annalis, in rebus mobilibus restituendis, quam in Dote vidimus. Sed beneficium, ne maritus teneatur ultra quam facere possit, etiam in rebus paraphernis habet locum, quia maritus generaliter in quovis contractu habet hoc beneficium, *l. 20. de Re Judic.* heredes mariti non habere idem beneficium, constat ex *l. 15. §. 1. h. t.* Sed vide quæ de exitu Societatis conjugalis, & repetitione rerum ab altero conjugum illatarum diximus ad *tit. D. Pro Socio. sub fin.*

Pro COROLLARIO materiæ dotalis, addere placet; esse quoddam genus Dotis necessariæ, sine matrimonio; Quando stuprator Virginis, qui habet electionem, ut ducat aut dotet, ex *Cap. 1. X. de Adult.* quod universali consuetudine receptum esse, testis est Sandius *2. 1. 10.* & Grœneweg. ad *tit. I. de Publ. Jud. §. 4. n. 14.* aliique illic citati auctores: quando is, inquam, dotare mavult. Sed de quantitate Dotis illius quæritur; Plus dandum videbatur inopi, quam locupleti, sed contra instituitur. Nam quia mulier omnia sua bona in dotem dare potest, ut *supra* intelleximus, hinc stuprator tantum dotis dare cogitur, non modo quantum Pater ultro ei dedisset, sed omnino quantum ipsa in bonis habet, ut Statutis Frisiæ cautum *l. 2. tit. 11. n. 2.* Sand. *def. 10. fin.* ubi aliquando etiam computatam fuisse hereditatem expectatam parentum narrat; quod postea displicuerit, ob incertitudinem futuræ successionis. Ejus loco deinde computata fuere, juxta bona, quæ in præsenti haberet, id quod Parentes ei in dotem dare possent, aut pridem aliis liberis dedissent, ut servatum in causa *Foppii N. cum filia, contra Pierium Dijes. ante magnas ferias 1629.* idque deinde servatum. Inter bona præsentia tamen non est computata Donatio, quam matertera corruptæ Virginis ei fecerat, forte quod augendæ Doti adfectata videretur, in causa *Annæ Johannis, contra AnnamVeltriel. d. 20. Decemb. 1625.* Cur alioqui bona donata, si fraus absit, non æque ad calculum totius patrimonii accedere possent, ratio nulla videtur. Cæterum viduæ, licet honestæ, construpatæ, non deberi hoc augmentum, plerique statuunt Interpp. & nostra Statuta nominatim de Virgine loquuntur *lib. 1. tit. 4. in pr.* Sandius *d. loco.* An concubinæ, quæ domestica consuetudine pro uxore habetur, idem debeatur, decisum non reperio. Videtur tamen, si virgo fuerit & expulsa, deberi. Suffragatur Statuti nostri Rubrica quarta *lib. 1. De Concubinis*, ubi mox de illa dote subjicitur. Opp. Concubinæ moribus Christianis, major est turpitudo, quam puellæ, cui semel obreptum. Adde, quod verba Statuti in factum concipiuntur, *een Maegdeken desloreert en schendet*, non in statum vitæ longiorem. Resp. Concubina primo fuit virgo, & deflorata est; nec additum est, semel an sæpius. Si tamen virgo, causam dedisset stupro, vel concubinatui, Virumque seduxisset, non haberet jus petendi dotem, *d. tit. §. ult.* nec si *pellex* fuerit virgo. De polygamia nostri quoque statuerunt; Si quis cum duabus matrimonium contraxerit & cum secunda quoque rem habuerit, ad hanc similiter dotandam tenetur. Quin etiam, si mulier idem commiserit, hæc eadem mulcta adficitur, hoc est, viro tantum Donativi matrimonialis dare cogitur, quantum vir mulieri ad dotandum dare cogeretur, ***lib. 2. tit. 12. art. 2.***

LIB. XXV.

TIT. I.

De Impensis in res Dotales factis.

I. Impensæ quotuplices, & quæ restituantur. II. Quo sensu necessariæ Dotem ipso jure minuant. III. An detur condictio impensarum post restitutionem rerum. IV. An impensæ restituantur ultra, quam res in eventu est melior. V. Usus hodiernus.

In restituendis Dotibus fiebant reputationes impensarum, quæ ad perpetuam vel diuturnam rerum Dotalium utilitatem pertinebant, *l. 4. h. t.* Nam quæ ad præsentis anni

ni usum, vel ad fructus percipiendos spectant, cum fructibus compensantur, *d. l. 3.* ut & stipendia & tributa, *l. 13.* Quin nec modicæ impensæ in reparandis ædibus propagandisque vineis curantur, *l. 12.* quia maritus res dotales tueri suo sumptu debet, *l. 15.* Majores autem & durabiles impensæ sunt vel necessariæ, vel utiles, vel voluptuariæ; discrimine & *alibi* commemorato.

2. Necessariæ sunt, sine quibus res durare non poterat, & de quibus neglectis maritus in id quod interest teneretur, *l. 4.* atque hæ dotem minuere dicuntur, id est quantitatem ejus. Proinde si Dos in quantitate consistat, sive pecunia ab initio data, sive res æstimatæ fuerint, quantitas immediate fit tanto minor, quantum est impensum, *l. 5. in pr. h. l. 1. §. 4. de Dot. præleg.* si vero in corporibus inæstimatis Dos consistat, impensa tamen dotem minuebat, non singula corpora, sed universitatem ejus, ut maritus res dotis retinere possit, *d. l. 5. & l. 56. §. f. de jur. dot.* nisi mulier intra annum impensas refudisset, ut *d. l. 56. §. ult.* quam limitationem adjecisse Tribonianum, censet Cujacius *23. observ. 12* Hanc igitur retentionem non sustulit Justinianus, *d. l. un. §. 5.* Sed non videri esse retentionem, cum Dos imminuta sit, interpretatus est Thomasius, atque in hanc rem adjecit sequens

SCHOLIUM.

Dicit equidem Ulpianus in d. l. 5. *deminutionem dotis proprie in pecunia locum habere, non in corporibus; in corporibus tamen propter impensas desinere fundum esse dotalem, vel totum, vel pro parte, atque adeo marito propterea competere detentionem, scilicet tanquam in re communi. Æmulus Ulpiani* Paulus *contra in* l. 56. §. 3. de Jure dotium, *marito quidem Jus retentionis concedit, sed non tanquam in re communi. Negat siquidem, fundum propter impensas, vel pro parte dotalem esse desinere. Cæterum, cum Imperator* in l. un. §. 5. C. de rei ux. act. *in genere dicat, propter impensas non concedi retentionem in dote, item necessarias ipso jure dotem minuere, magis videtur Ulpiani sententiæ favisse, quam Pauli. Aliter Doctores Paulum cum Ulpiano conciliant.* Vide Strauch. III. 15. Wissenb. h. t. th. 2.

RESPONSIO.

Pauli & Ulpiani nomina, Thomasio in continenti malum omen & ideam ingerunt antinomiæ. Nihil opus esse eo recurrere, mox videbimus. Justiniani quæ mens sit in d. l. un. §. 5. *dictum est* superius.

N. ADDIT.

Judicet lector impartialis, an nomina Pauli & Ulpiani, an res ipsa summatim in Scholio indicata, antinomiam subesse, persuaserit mihi. Ita Ulpianus: Quod dicitur: necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, (ut & Pomponius ait,) non ut ipsæ res corporaliter deminuantur, ut puta fundus, vel quodcunque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Cæterum hæc res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus. Manebit igitur maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia. Nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si æstimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quæ in dotem ipsam factæ sint, cæterum, si extrinsecus, non imminuent dotem. *Ita contra Paulus:* Quod dicitur: necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scævola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia & fundus in dote sint, & necessariæ impensæ in fundum factæ, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum cessabit dos, an ex integro data videbitur? cujus manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scævolæ nostri sententiam, nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis, data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? & magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi prohibeatur.

Ratione utilium impensarum, Justinianus retentionem prohibuit, ejusque loco dedit actionem mandati, vel negotiorum gestorum, *l. un. §. 5. C. De rei uxor. act.*

3. Condictionem impensarum, si Dos a marito, non deductis impensis, *tradita sit*, non dari, scribit Cujacius *23. obs. 11.* & ex eo Struvius *ex. 30. n. 31.*

n.31. secundum ea quæ habuimus ad *Inst. pag. 109.* Plerique sane eam hic negarunt. Sed Marcellus eam dedit, & Marcelli Ulpianus sententiam propter æquitatem admittendam esse, ait *in l.5. §. ult. h.* Quin & utilium expensarum nomine dari exactionem, habetur in *l. 7. in fin. h. t. item,* de Dote judicium propter impensas dari, in *l. 12.* His verbis potius adducor ut fidem habeam, quam Viris egregiis nude adfirmantibus contrarium. Nec alienus sim hinc etiam colligendi, cæteris bonæ fidei possessoribus, ex æquitate dandam esse ejusmodi condictionem ex ipso jure civili, quæ datur in Dote. Sunt autem utiles impensæ, ut alias dictum, quæ rem faciunt meliorem, *l. 6.* Sed voluptuariæ, quæ tantum ornant speciem, & voluptati serviunt; eæque non pariunt actionem, ne quidem si volente muliere sint factæ, *l. 11. h.* Verum a marito re illæsa, tolli queunt; nisi mulier tollentem pati nolit, quo casu tenetur, scilicet, ad solvendum, *l. 4. d. l. un. §. 5.*

4. Cæterum, de impensis antehac intelleximus, eum, qui bona fide rei alienæ impendit, duntaxat repetere, quatenus res est melior facta; si vero parva impensa, res multo melior facta sit, tantum repetere quod impendit, ut probavimus ad *tit. de Rei Vind. num. 10. part. præced. pag. 771.* Sandius *l. 2. tit. 15. Dec. 4.* An hoc etiam in Dotalibus impensis servandum? De necessariis equidem non videtur; Sed hæ absolute repetuntur, quia dotem ipso jure minuunt, ac efficiunt, ut si tantum sit impensum per partes, quanti fundus est, desinat esse dotalis, *d. l. 56. §. 3.* non ut alienari possit, sed ut maritus eum tantisper retinere queat, donec ei refusæ sint impensæ, *l. 5. in pr. h. t.* quod, ut dictum, non mutatur in *d. l. un.* nec contraria sunt in *d. l. 56. & l. 5.* secus ac modo Thomasius. Adde Wissenb. *h. th. 2.* De utilibus non est idem dicendum, nisi voluntate mulieris factæ sint impensæ. Absque ejus voluntate repetuntur equidem, si res vere per eas melior, hoc est, universitas Dotis majoris pretii sit facta, *l. 5. §. ult. h. t.* sub alia adhuc limitatione, si mulier aliunde habeat, unde solvat; nec enim cogitur vendere fundum dotalem, ad impensas utiles solvendas, *l. 8. h. t.*

5. Quod ad usum attinet hodiernum, quibus in locis, & quos inter conjuges obtinet universalis bonorum communio, inter hos de impensis non posse quæri, manifestum est. Sed quia plerumque inter eos, qui sunt in facultatibus & consulto agunt, pactis dotalibus ab illa receditur, siquidem in totum id fiat, habent usum ea, quæ *hoc tit.* traduntur. Si vero salva redituum & acquæstuum communione fiat, ut apud nos ipso jure se res habet, *reparationes ac meliorationes facta in domo vel prædio unius conjugum, ut acquæstus, in communionem veniunt*, ait ex Charonda Sandius *lib. 2. tit. 5. def. 3. Vers. Reparationes; Quatenus scilicet, res tempore soluti matrimonii melior apparet*, addit Grœnewegius ad *h. tit. in fin.* Adeo ut *quicquid maritus, sive nolente, sive volente uxore, constante matrimonio, sive bene sive male in res alterius impendit, communi conjugum damno cedat*, ait idem *paulo ante*, refertque ita in supremo Hollandiæ Senatu judicatum esse ex Neostadio *de Pact. antenupt. obs. 20.* De utilibus impensis nihil refrager; De necessariis non puto recedendum a jure civili; illas indistincte esse computandas, ut dimidia pars alteri conjugi restituatur; In quibus etiam retentioni, sicut de Dotalibus dictum, locus esse potest; ut plane fundus uxorius per impensas necessarias fieri possit communis, sicut dotales eadem via desinere posse dotales esse, vidimus antea. Fundum habeo uxorium superficie rustica, quæ coloni erat, gravatum; hujus taxationem solvimus. Horreum labens instauravimus aliasque impensas fecimus necessarias tanti valoris, ut jam totus fundus pluris vendi nequeat ac in eum est impensum; nec tamen omnibus illis impensis factis, tanti fundus est pretii, quanti initio matrimonii fuit, nec multo plus dimidia parte mercedis inde modo redigimus, quam percepimus antea. Numquid igitur perdidi impensas illas; uxor soluto matrimonio fundum suum auferet immunem? Minime censeo, verum aut reddat dimidiam impensæ partem oportet, aut fundus ut nunc est, communis existimetur, *arg. d. l. 66. §. 3. de jur. Dot. & l. 5. pr. h. tit.* Simul id observetur: Si lapsu temporum fiat, ut post impensas, fundus in exitu matrimonii non sit pluris, quam fuit in principio, id impensarum repetitioni non præjudicare, quin res ut est in sese, emendata consideretur, & *melioratio* materialis, potius quam *formalis*, ut ita loquar, æstimetur.

Tit. II.

De Actione Rerum amotarum.

I. Quid hæc actio, & prima ejus proprietas. II. Secunda proprietas. III. Tertia. IV. Quatenus heredi & in heredem detur. V. Ad quid detur. VI. Quando cesset hæc actio, & usus hodiernus.

Divortiorum licentia peperit hunc, inter alia, fructum, scil. rerum amovendarum insidias, quibus mulieres in animo habentes dissidium, aut brevi a marito sibi inculcatum iri, *Res Tuas tibi habeto*, dabant operam, ut non nisi rebus illius auctæ dimitterentur. Ad quas repetendas datur actio rerum amotarum. Quæ *soluto matrimonio, conjugum uni datur adversus alterum, ad repetendas res, quæ ab altero, constante matrimonio, Divortii causa*, subtractæ sunt. Verba definitionis tres suggerunt hujus actionis proprietates. Prima, quod solutum oporteat esse matrimonium, ut hæc actio detur; Adversus *eam, quæ fuit uxor*, datur, *l. 1. h. t.* Quamvis enim uxor in rei veritate furtum marito facere possit, furti tamen actio non modo adversus eam cessat omnino, *d. l. 1. & l. 3. §. 2.* sed ne hæc quidem circumductæ locutionis actio, quæ nec infamis est, durante matrimonio datur, verum condictio simplex, in *l. 25. h.* aut in factum actio, *l. 2. C. h. t.* quæ tamen & ipsa rerum amotarum dicitur, utilis, in *l. ult. §. ult. C. de Furt.*

2. Secunda proprietas, *quod constante matrimonio res amotæ esse debeant.* Nam si ante contractum matrimonium res sint amotæ, furtum committitur, etsi ne tum quidem furti agatur, sed condictione tantum, *d. l. 3. §. 2. dum scilicet uxor est*, ut diserte habet textus. Post divortium vero, quo minus furti agatur, de eo, quod ante matrimonium vel post ejus exitum surripuit, nihil obstat, opinor, etsi aliter alii. Nam Paulus ita infit: *Si post divortium res viri contrectet, etiam furti tenebitur. l. 3. in pr.* Dein subjicit: *sed & cum uxore*, dum uxor est, *furti agere possibile est; si ei, cui heredes sumus, furtum fecit, vel nobis, antequam nuberet, tamen propter reverentiam personarum, in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus.* De his duobus casibus adversus uxorem, dum est talis, usu venientibus loquitur. De tertio nihil, quam quod de priore dixit, *furti tenebitur*, adfirmat; quod *alios* fefellit.

3. Tertia proprietas hujus actionis; quod res amotas oporteat esse, *divortii causa, d. l. 25. Non modo si res lucrandi* animo detineat, sed etiam, si comederit, aut donaverit, modo divortii consilio, *d. l. 3. §. 3.* de quo animo si dubitetur, juramento adigi potest, *l. 11. §. 1. 2. h.* Quod si morbo gravi, cum mulier de vita mariti desperasset, subreptis quibusdam rebus, abierit, vir, si convaluerit, utilem *amotarum* actionem habet, *l. 11. in pr. h.* viro mortuo, heredes ejus competenti actione res persequentur, *l. 6. §. 1. h. t.* Absque divortii consilio res amotæ, repetuntur a marito rei vindicatione, vel condictione, *l. 24. h. t.* aut in factum actione, *l. 2. C. h.*

4. Heredibus hanc actionem dari, non est dubium, *l. 21. §. pen. h.* In heredes eadem datur, quatenus ad eos pervenit, *l. ult. C. h. t.* quia licet actio sit rei persecutoria, tamen ex delicto est; cujus meritum heredi non convenit; ideoque nec actio in eum datur, nisi quatenus *ex re* venit obligatio; sicut alias probatum, nullam actionem ex delicto, licet rei persecutoriam, in heredes aliter dari, *Præl. ad Institut. tit de perpet. & temp. act. n. 5. P. I. p. 438.* ne excepta quidem condictione furtiva; nam eam ex delicto non esse, censemus, & dicto loco demonstravimus. Quod igitur hanc actionem dari in heredem, sicut condictionem furtivam, legimus in *l. 6. §. 4.* ad τὸ ὅτι, non ad τὸ πῶς, referendum, ut exposuimus in *prælect. ad Inst. de Obl. ex del. n. ult.* Adde Wissenbachium *h. t. th. 5.*

5. Intentio actionis primo quidem est, ut apparet, ad restitutionem rerum amotarum; vel si res ipsæ restitui nequeant, ad æstimationem agitur, quanti fuerunt eo tempore, quo sunt amotæ, quod tempus non ponitur in *puncto*, sed ut terminus a quo; nam si deinde res pluris fuerit, dum res apud mulierem, vel apud virum, (nam & hic tenetur hac actione, *l. 7.* etsi feminis id vitium sit frequentius, ut *pass. h. t.*) tempore crescat æstimatio, *l. penult. h. t.* tenetur etiam in id quod interest, *l. 21. §. 4.* Imo si per contumaciam dolumve res non reddat mulier, tenetur in infinitum, hoc est, quanti maritus in litem juraverit, *l. 8. §. 1. & l. 9. h. t.* juncta *l. 4. §. 2. de In lit. jur.* Æsti-

Æstimationem ubi præstiterit, quasi rem emisset, eam retinere, vel a tertio possessore petere potest, *l. 22. in pr.*

6. Quibus casibus cesset hæc actio, e proprietatibus ejus intelligi potest: Præter eas, nota sis; Compensatione reciprocæ amotionis, in totum, vel pro parte tolli hanc actionem, *l. 7.* Item matrimonio, post divortium redintegrato, *l. ult. b. t. Moribus*, cum actio furti pœnalis & famosa, non detur amplius privatis, sed condictio tantum, sequitur, & hujus actionis a furti actione discrimen evanescere. Contenta tamen ejus sine dubio locum habebunt, si contingat, adulteram aut malitiosæ desertionis ream, expilasse mariti domum, ut a talibus fieri insolitum non est. Nam perfidia, impudicitia, & furacitas, pari fere passu ambulant.

Tit. III.

De Agnoscendis & alendis Liberis, vel Parentibus, vel Patronis, vel Libertis.

I. De agnoscendo & alendo partu, post divortium nato. II. De agnoscendo partu, constante matrimonio edito. III. IV. De plena probatione contra talem filium, tam matrimonii tempore, quam antea conceptum. V. De alendis a parentibus liberis. VI. Onus matris & avorum hac parte. VII. Usus hodiernus. VIII. An alii post parentes cogantur. IX. De his, qui non habent propinquos ad alendum obstrictos. X. Prætextu futuræ paupertatis, non esse arcendos incolas. XI. An aliqua ex alimentis perceptis obligatio nascatur.

Post matrimonialia, de liberis agi consentaneum est. Rubrica duas habet partes, de liberis agnoscendis; & de alendis iisdem, aliisque, se ipsos qui tueri non possunt. Partus agnoscendi usus, venit bifariam, soluto matrimonio, neque non dum consistit. Utroque casu id agitur, ne partus subjiciatur, quo nihil indignius & intolerabilius; ideoque de his, quæ falsum partum subjecerunt, eodem Scto, quo de partu agnoscendo, cautum fuit, *l. 1. in pr. b. t.* Fuit hoc *Plancianum*, *l. 3. §. 1. b. t.* de pœna vero partuum subjectorum, agendi locus est *inferior*, in libris *terribilibus*, quos vocat Justinianus. De agnoscendo partu, post divortium, hoc modo agebatur. Mulier, aut si filiafam. sit, pater ejus, denunciat marito, vel ejus Patri, ipsis, aut ad domum ubi lar est, quæ hospitium vocatur in *l. 1. §. 2. b.* qua de re dix. *P. 2. Digress. l. 1. c. 12. n. 3.* idque intra dies XXX. continuos a divortio numerandos, quod prægnantem se putet esse, *l. 1. §. 1. & 6.* Si post dies 30. denunciet, cum facilis sit error calculi in talibus, causa cognita, deinde tamen audietur, *§. 7.* Quin si plane omissa sit denunciatio, partui tamen non præjudicatur in quæstione principali, *§. 8.* Denunciatio enim pertinet tantum ad *provisionem*, quam vocant, respectu alimentorum, non ut quod natum est, mariti proles habeatur, *d. l. 1. §. 14.* Maritus denunciatione facta, si non habeat causam negandi, quod ex se prægnans sit, mittere debet custodes ad ventrem custodiendum, ne suppositio fiat, *§. 3.* Si putet ex se uterum non esse, potest contra denunciare, non esse ex se prægnantem. Quo facto non cogitur agnoscere prolem, nisi vere ipsius fuerit, *§. 4.* In quam rem opus judicio vel principali & pleno, cum quæritur, an suus heres sit, *§. 12.* vel summario, si de alimentis quæratur, *l. 5. §. 5. b. t.* Nec si in hoc aliquis sit condemnatus, in altero præjudicatur, *l. 5. §. meminisse. 9. b. t.* ut recte, quos noverim, tali judicio damnati, injuriam sibi fieri, quod Patres & adfines vocarentur, præ se tulerint. Si vero maritus nec miserit custodes, neque testatus sit contra, tenetur ad agnoscendum & alendum, *d. §. 4.* rursus absque præjudicio veritatis & successionis, *d. §. 12. 13. & 14.*

2. De hac autem, pleno judicio deinde quærendum, sive post divortium, sive etiam constante matrimonio partus sit editus; de quo casu cum Planciano Scto nihil esset cautum, aliud Senatusconsultum Hadriani tempore factum est, *d. l. 3. §. 1.* Potest autem filius constante matrimonio natus, negari filius esse, vel jus filii habere, tribus ex causis; prima, si mater negetur fuisse legitima uxor, quo casu præjudicio locus esse dicitur in *d. l. 3. §. 4.* quod an non est quartum præjudicii exemplum, præter illa tria, quæ sola agnosci-. Wissenb. *b. t. tb. 11.?* Quæstio principalis ibi est de

de statu filii; *præjudicialis*, *an mater ejus uxor fuerit*; cujus decisio præjudicium faciet alteri; quamlibet non necessarium. Potest enim fieri, ut tametsi constet, matrem fuisse uxorem, filius tamen non sit ex marito; Tametsi hæc sit præsumptio & Regula Juris, *Pater est*, *quem Nuptiæ demonstrant. l. 5. de In jus voc.* Quæ regula valet, quamdiu contrarium non probatur. Contraria probatio conficitur, vel probatione subditi partus, ut ne quidem ex uxore natus, vel quod a marito non sit genitus.

3. Et hoc probatur, si, *verbi gratia*, maritus ab uxore tam diu abfuerit, ut naturaliter ab eo genitus esse non potuerit: veluti si quis *per decennium absens*, *reversus anniculum domi suæ offendat*, *l. 6. de His*, *qui sui vel al. jur.* Sed qui cum uxore sua adsidue versatus filium ex ea natum agnoscere non vult, ferendus non est, *d. l. 6.* etsi uxoris castitatem fidemque merito suspectam habeat, imo etsi adulteram esse constet, quia fortior est illa præsumptio Legis: *Patrem esse*, *quem Nuptiæ demonstrant*, *d. l. 4.* Quæ non nisi plena probatione, revinci potest, artificiali vel inartificiali; hæc per testes aut scripturam, illa per argumentationes necessarias. Qualis procul dubio, illa decennalis absentia in *d. l. 6.* Sed an decem mensium absentia sufficit? Videtur, quia hoc tempus est longissimum, quo partus in utero esse queat, *l. pen. C. de Postum. hered. instit.* Quanquam si matrona procul ab omni suspicione absit, secus multi existimaturi sint, per ea, quæ Sandius habet in *lib. 4. tit. 4. Decis. 10.* & a nobis scriptum est *part. præc. p. 37.* Si causæ in deterins suspicandi extent, facilius absentia decimestris admittetur ad reprobandam prolem, quemadmodum usu venit in causa Leotychidis, Agidis Spartani regis filii. Decimo quo Agis ab uxore Timæa abfuerat mense, natus erat, dum Alcibiades ille famosus luxuriæ artifex egerat Spartæ. Reversus Pater invenit filium, Timæam vero suspectam in Alcibiade, ex domesticis testimoniis. Et compertum erat, ipsam mulierem sæpius filium, Alcibiadis nomine vocitasse. Quare Pater negaverat, eum ex se natum. Moribundus agnoverat filium. Rejectus tamen, & Agesilaus Patruus regno potitus est, Xenophonte teste *lib. 3. Hist. Gr.*

4. Si cui filius nascatur perfectus, ex legitima uxore ante septimum mensem a nuptiis & a primo congressu inchoatum, hunc virum agnoscere & alere non cogi, sæpe dictum est, per *l. 12. de Stat. hom.* In Anglia secus esse moris & juris, scribit Auctor non levis Emmanuel de Meteren: *In Anglia*, inquit, *admodum rigide servatur regula*; Pater est, quem Nuptiæ demonstrant. *Nam si vir ducat in uxorem viduam, ignarus prægnantem ex alio viro, infans erit præsentis viri proprius. Similiter, si quis puellam ducat in uxorem, ignorans impletam ab alio, proles erit viri propria & heres ejus, qui matrem duxit in uxorem.* Ita Meteranus *Hist. Belg. lib. 14. cap. de Legibus & institutis civilibus Anglorum.* quod an etiamnum obtineat, suo loco relinquimus. Idem adhuc obtinere, statuit D. Chamberlanus in *nov. Stat. Angl. c. 18.* In regni utique successione illos non agnoscere infinitam illius regulæ nuptialis vim, nuper abunde significatum est. Non abhorret hinc exemplum, quod *positioni nostræ quartæ* subjecit Thomasius, nisi quod auctorem & tempus editum oportuit.

SCHOLIUM.

Hinc judicari potest de Decisione in supremo Parisiensium auditorio facta. Mulier quædam a judice Ecclesiastico separationem temporariam a marito suo impetraverat, impotentiam ejus prætendens. Durante vero tempore separationis, ex Titio filium procreat, eumque consensu Titii tanquam ex eo prognatum baptizari curat. Postea coram alio judice querelam impotentiæ mariti sui repetit, seque cum Titio copulari petit. Judex rerum antea actarum ignarus, condescendit, præprimis cum maritus mulieris, haud dubie & ipse ab uxore adultera liberari cupiens, se impotentem esse, agnoverit. Jungitur igitur Titio per benedictionem sacerdotalem. At Titii cognati fraudem detegunt ostendentes, maritum priorem impotentiam suam per mendacium agnovisse. Declaratur itaque matrimonium cum Titio nullum. Bene. Sed & insuper filius pendente separatione progenitus; quem mulier ex Titio conceptum affirmaverat; Titiusque ipse consenserat; marito priori, tempore separationis uxorem suam haud frequentanti, adjudicatur. Ratio decisionis quæritur in regula hujus positionis. Jam quid videtur?

N. ADDIT.

Desiderat autorem & tempus Autor. Autoris quidem recordor, unde hæc excerpseram, sed non temporis. Autor idem est, ex quo alium notabilem casum retuli in Scholio ad tit. Inst. de Locat. cond. n. 11. *relato, Lucien Svesvè, sive Lucianus Suavis in nova Sylloge Quæstionum notabilium in Audientiis Parlamenti Parisiensis decisarum*, centuria

turia 4. cap. 95. *Contenta hujus libri vide relata, in Actis Eruditorum Lipsiensium* mense Martio & Aprili anni 1685.

Cæterum, si quis omni tempore uteri gesti apud uxorem moratus sit, is Pater est; nisi constet, maritum valetudine aliave causa impeditum tanto temporis spatio cum uxore non concubuisse, ut infans ex eo natus esse non possit, *d. l. 6. de His, qui sui vel al. jur.* Tametsi forte solius morbi probatio non sufficiat, ut visum est aliquando Curiæ nostræ, apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 10.* Inartificialis probationis, per testes & instrumenta, non ita pridem notabile exemplum in Curia nostra disceptatum est, inter *Thomam van der Mark, & Christinam Taepkens pro se & filio Jacobo van der Mark.* Quæstio erat de hereditate Johannis van der Mark, in Frisia defuncti, cujus se Christina uxorem, & Jacobus filium ferebat. Et quidem illa, tametsi nec sponsalia, nec ducendi ritum, nec promulgationem, aut celebrationem Ecclesiasticam probaret, quorum vir nihil unquam adhibere voluerat, tamen se pro uxore habitam, honoratam, & appellatam, abunde probabat; quod ut jure Civili, ita apud nos, pro jure uxorio & conjugali sufficere, plus semel dictum est. Puerum se peperisse Ultrajecti, dum vir esset in Frisia, probabat per obstetricem aliasque testes, quem a patre quoque pro filio agnitum, satis constabat. Ab altera tamen parte probabatur, ex codice baptisterii Ultrajectini, illo tempore quo puer natus erat, ex eadem domo oblatum esse baptismo puerum ejusdem nominis, sed ex alia matre, cujus nomen erat additum, propinqua Christinæ. Maritus obstetricis, uxorem fuisse corruptam pecunia & chirographo centum Carolinorum, testatus erat; etsi hic iterum ab aliis ebrietatis & levitatis insimulabatur; quemadmodum utrinque circa testes mirifice perplexabatur ipsa Christina, falsi aliunde convicta, nec boni moris ἔγγνωσος. Cum hæc ratio, tum fides testium, & baptisterii publicum inprimis monumentum, fecit, ut Curia filium pro subdititio habuerit, atque ab hereditate excluserit, admissa licet muliere ad jus pauperum viduarum. *ante magnas ferias 1682.* Nuper in alio non paulo magis illustri theatro, probationem immediatæ nativitatis exhibitam vidit mundus; an sic satis fidelem, fama distulit, *tam ficti pravique ferax quam nuntia veri.* In dubio valere regulam, *Pater est, quem nuptiæ monstrant*, non esse dubium, sine veri præjudicio satis constat *ex prædictis*; nec minus verum *grande præjudicium pro filio, confessionem Patris, l. 1. §. 12. in fin. h. t.*

5. Pater igitur liberos suos non modo agnoscere, sed alere cogitur, *d. l. 1. §. 14.* atque ad hoc ipsum extra ordinem compellitur, & coercetur, *§. 3. d. l. 1.* Nempe si potest, si extrema egestate non prohibeatur. Nam hac causa poterat olim pater filium suum recens natum exponere, quod antiquitus apud Græcos & Romanos usitati moris fuisse, constat, & probatum a nobis est *Lib. 2. Digress. cap. 5.* ejusque moris vestigia extant in *l. 26. de Manumiss. testam. & l. 16. C. de Nupt.* Sed absque causa egestatis extremæ, vel postquam infans fuit *sublatus*, id est susceptus ad alendum, qui infantem publicis etiam locis aliorum misericordiæ, quam ipse non habuit, exposuit, si infans inde sit mortuus, necasse videtur, *l. 4. h. t.* si vivus servetur, extra ordinem coercetur, *d. l. 2.* Postea Constantinus hanc etiam exponendi ob egestatem licentiam, sustulit, ejusque loco substituit venditionem infantis sanguinolenti, id est recens nati, *l. 2. C. de Infant. expos.* qua de re nos egimus in *d. lib. 2. Digress. c. 5.* Hæc aliter paulo Præceptores nostri D. A. Matthæ. *tract. de Crim. lib. 47. ff. tit. ult. c. 2.* Wissenb. ad *h. th. 17.* Moribus, servitute sublata, vendendi licentia quoque sublata est, adeo ut parentes nunc, etsi egentissimi, liberos suscipere & alere cogantur, etsi eleemosynas pro illis sint collecturi; exponentes ea, quæ dicta est, pœna adficientur. Ne quidem a liberis extra matrimonium susceptis, ex adulterio licet, ac incestu, alendis pater excusatur, non obstante *Nov. 89. c. ult.* Ad quam respondimus, & totum hunc articulum absolvimus, in *prælect. ad Inst. p. 270. sq.* ac ita aliquandudum consultus respondi viro, qui in florenti ætate, anu divite ducta, duos ex ejus ancilla liberos sustulerat, quos cum apud matrem diu aluisset, sumptum gravatus destituere cupiebat. Differit. D. Wissenb. *h. th. 16.* & Struv. *Ex. 30. n. 79.* Quin & matri patrem ejusmodi liberos concedere alendos, & sumptum præbere cogi, humanum est, ut Curiæ nostræ visum apud Sand. *lib. 2. tit. 8. def. 1.* In casu divortii per culpam viri commissi, hic etiam matri sumptum ad liberos alendos præbere debet; Si matris culpa sit, Pater liberos servat ac alit; nisi pater sit pauperior & mater locuples, tunc ipsa suo sumptu liberos alere jubetur, in *Nov. 117. cap. 7.* Hæc ita parentibus injunguntur, si liberi se ipsos exhibere nequeant, seu propriis facultatibus, sive opificio, vel ministeriis, *l. 5. §. 7. h. t.* Ingratitudo filii

filii gravis, & forte talis, ob quam datur exheredandi facultas, parentem quoque ab alendi onere liberat, *d. l. 5. §. 11.* Si luxu bona sua perdiderit, tamen alendum esse, ait Struv. *d. Ex. 30. num. 76.* quod est verum, si vere miserabilis sit, non si validus & pauper. Huic recte Apostolicum illud occinetur; *Qui non laborat, non edet, d. l. 5. §. 7.*

6. Post Patrem, mater ad alendum tenetur, quoniam hoc onus pietatis, non patriæ potestatis est, & quidem vulgo quæsitos sola, reliquos si pater non possit; etiam liberos trimo majores, ait *l. pen. C. de Patr. pot.* siquidem ante triennium per se lacte materno ali soleant. Consequenter & avus maternus, ac avia tenentur, *l. 5. §. 14. 5. 6. d. N. 117. c. 7.* scilicet, si liberi de suis bonis ali nequeant. Si vero mater & avia sponte, liberos aut nepotes bona propria habentes aluerint, habent jus repetendi, si hunc animum testatæ sint, aut in rationes suas retulerint impensas, *l. 11. C. de Negot. gest. l. 34. D. eod.* Denique, si dum res filiorum aut nepotum administrabant, eos aluerint, repetendi animum habuisse videntur, *d. l. 34.* Sand. *lib. 2. tit. 8. def. 3.*

7. Moribus hodiernis, universali bonorum communioni, vel saltem societati, quæ ubique viget, lucri atque damni conjugalis, est consentaneum, ut onus alendi liberos commune sit utrique conjugi, ut de Hollandia quoque testatur Grotius *lib. 3. Introd. part. 35. n. 20.* Grœnewegius *ad l. 5. §. 14. h. t.* D. Joh. Voetius *ad h. t. n. ult.* qui id ipsum adfirmat, si divortium ob alterius conjugis delictum sit factum; ut tamen facile audiendus sit, opinor, conjux innocens, quo, si ipse non nisi ægre liberos exhibere possit, onus illud alteri magis copioso injungatur, *d. N. 117. cap. 7.* Cum hæc res apud nos, ubi societas lucri & damni omniumque onerum & commodorum matrimonialium ipso jure viget, eodem modo se habeat, nec quisquam dubitet, quin & sumptus alendi liberos, societati ac utrique conjugi, partibus æquis imputetur, non intelligo, qua ratione scribat hoc modo Sandius *lib. 2. tit. 8. def. 1. in f. Si filius patrem habeat locupletem*, inquit, *mater ab ipso repetet, quod alimentorum causa*, de quibus ibi loquitur, *in filium expendit.* Accipiebam hoc ita; ut partem dimidiam repeteret, si totum expendisset. Verum hanc interpretationem non patiuntur sequentia Sandii: *Mater enim alimentis præstandis obnoxia non est, si liberi patrem eundemque satis locupletem habeant, l. 5. §. 14. de Liber. agnosc. l. 43. de Jur. dot.* Ex jure civili, quo totum onus familiæ viro incumbebat, argumentatur ad usum soli & sæculi nostri, quo familiæ sustentandæ onus est commune. Refert tamen, ita a Senatu Supremæ Curiæ esse judicatum, quod non potest aliter, quam in casu divortii judicis auctoritate facti, quo cessat communio matrimonialis, intelligi: per consequentiam communionis hac parte inter patrem & matrem infantis, dicendum videtur, Patre vel matre deficiente, Avum aviamque paternos maternosque, sine discrimine sexus aut lineæ, sed pro modo facultatum cujusque, teneri ad alendum. Sed quamdiu alter ex parentibus primi gradus sufficit, ad ulteriores coactio non producitur, eaque ita servantur, ut puto. Liberti olim Patronos alere cogebantur, *l. 5. §. 18.*

8. Parentes ad alendum non tantum civili, sed etiam jure & ratione naturali tenentur; quatenus quos procrearunt, iidem ut subsistere queant, præstare debent. Ut vicissim liberi parentes inopes alant, eadem quidem necessitatis ratio non flagitat, pietas tamen & gratitudo id ipsum acerrime commendant, officiumque illud in necessitatem a Lege convertitur, non modo in primis, sed etiam in ulterioribus, utriusque sexus adscendentibus, *d. l. 5. §. 2. h.* Fratrem atque sororem, ad alendos se invicem compelli, nusquam diserte proditum est; citantur quidem Lex *73. §. 1. de Jur. Dot. & l. 20. D. Sol. matrim.* sed hæ nihil, quam valde æquam & probabilem causam videri, significant. Neque *Lex 4. D. Ubi pupill. educ.* cogendi facultatem probat. Nam quod Tutori alimenta sororis pupilli reputantur, id probabilem justamque fuisse impensam, non ad quam pupillus cogi potuisset, indicat. Idem ad *L. 12. §. 3. & L. 13. de Administr. Tut. §. 2.* tenendum. Etsi per has Leges, & magis per æquitatis rationem, communis est sententia, fratres atque sorores, tam uno quam utroque latere conjunctos, ad alendum cogi posse, probante auctoresque laudante Sandio, *l. 2. tit. 8. def. 2.* Ut tamen in concursu, cum is, qui ab utroque latere junctus est, sufficit, ὁ μονόπλευρος prætereatur, per ea, quæ Sandius *ibidem* pro uterinis fratribus disputat. Hoc idem recte, non cogi fratrem aut sororem, qui quæve suis manibus ipse vel ipsa victum duriter exerceat. Post fratres sororesque, ratio propinquitatis remissior est, quam ut necessitatem & cogendi vim addere possit, adeo ut nec Patruus alere cogatur fratris sui filios, ut Sandius *ibidem in fin.* & Wissenbachius *h. n. 17.* ubi respondet ad argumentum a suc-

succeſſione ab inteſtato petitum, quod urget Fachinæ. *Contr. c. 61.*

9. Quid igitur de pauperibus, qui ſe ipſos tueri, vel ex ſuis bonis exhibere non poſſunt, a quibus alendi, ſi quidem fami illos dedere nefas? (Quid ſub alimentis omnino contineatur, videbimus ad *tit. de Aliment. Legat.*) Plane biſariam habentur pauperes; aut in Cœnobiis, aut ſparſis domibus. Cœnobia ſive communes convictus, ſunt varii generis. Xenodochia ſive Hoſpitalia, in quibus hoſpites, ſive peregrini pauperes; *Noſocomia* pro ægrotis; *Orphanotrophia*, pro orphanis: *Brephotrophia*, pro infantibus; *Gerontocomia*, in quibus ſenes, *Morotrophia*, in quibus inſani aluntur. Et de his, qui ad ejusmodi publicas domos pertinent, nulla eſt Quæſtio: Verum multæ id genus non publici & promiſcui uſus, ſed privatæ aut limitatæ diſpoſitionis habentur: De quibus ex cujusque legibus & inſtitutis judicandum. De cæteris ſparſim habitantibus, frequentior ambigendi cauſa & uſus venit. Summa Quæſtio eſt; Ad Rempublicam, an vero ad univerſitates particulares, onus alendi pauperes ſpectet. Receptumque eſt poſterius, ut tamen univerſitates aliæ, quam oppidorum & pagorum, non intelligantur, ſicut in Belgio paſſim obtinuit, Sandius *d. tit. 8. def. 4.* Verum in oppidis & pagis duplex eſt univerſitas, una habitatorum quorumvis, altera Eccleſiarum. Proinde ad has earumque Diaconos remittuntur pauperes, qui conſortes Eccleſiæ ſunt. In quibusdam locis etiam illorum liberi, etſi in plerisque orphani impuberes, ad communitatem pertinent; Quæ tum ad reliquis omnibus proſpiciendum tenentur. Eccleſiæ prohibitæ aut toleratæ, ſolent etiam ſuos alere, cogi tamen non poſſunt, quia non agnoſcuntur, nec habent perſonam ſtandi in judicio. Quæſitum eſt, ſi Heterodoxi cum Orthodoxis pactum de alendis pauperibus iniverint, an ad hoc ſervandum cogi poſſint, quia perſona ſtandi in judicio careant. Si Eccleſiæ ſint plane prohibitæ, non videntur poſſe conveniri, cum hoc ſupponat earum conſiſtentiam; Verum ſi tolerantur, poteſt adverſus eas agi, ut ſtent, quamdiu tolerantur, quomodo Curiæ viſum eſt, *inter Diaconos Eccleſiæ Sneecanæ, & Inſpectores Eccleſiæ ibidem anabaptiſticæ. ante magnas ferias 1680.* Quia vero creberrimæ ſunt lites inter univerſitates, de pauperibus aliunde ortis & alibi ab inopia deprehenſis, expedit hos aliqua temporis nota diſcerni: In quem uſum Ordd. Friſiæ prudenter *quinquennium* præſcripſerunt. Ut ſi qua perſona vel familia, egeſtate alicubi oppreſſa ſit, & quinquennium illic habitaverit, *ibidem* alenda ſit: quinquennio nondum elapſo, ad locum originis remitti poſſit, *Edicto d. 30. Mart. 1660.*

10. Habent in more poſitum Civitates quædam & pagi, ut homines ſæpe gnavos & induſtrios arceant a finibus ſuis, metu futuræ inopiæ, ſi forte viduas orphanosque relinquant, niſi fidejuſſoribus in futurum caveant; ſed male; neque ex publico bono, quod hominum multitudine enixe promovetur: Neque res humanæ ut ab omnibus incommodis futuris eximi queant, ita ſunt comparatæ. Proinde nec univerſitas, in qua degunt homines necdum alienæ opis indigi, ſed quibus egeſtas, ut ambulator, appropinquat, alteram, unde oriundi ſunt, cogere poteſt ante quinquennium, ut illos recipiat; Jus enim illud remittendi, non niſi paupertate cervicibus incumbente, naſcitur; ut Curia cenſuit in cauſa *Foppii Gellii cum ſoc. nomine pagi Wirdumenſis, contra Patronos pagi Warregaa. ante magnas ferias 1690.* Plura ad hanc rem ſpectantia, contulimus in *Juriſpr. hodierna lib. 1. c. ult.*

11. An Alumni ex alimentis perceptis ad aliquid obligantur? Diximus, ſi qui ſponte propinquos patrimonio non deſtitutos aluerint, hos in dubio ad reſtituendum obligatos habere alumnos, atque ſi hunc animum teſtati ſunt, abſolute. Si quis vero egenum ſponte aluerit, pietatis ac eleemoſynæ cauſa feciſſe videtur, nec ideo, licet poſtea locuples factus ſit, adverſus invitum habet actionem, niſi hunc animum teſtatus ſit, *arg. l. 11. C. de Negot. geſt. l. 34. D. eod.* Quod ſi coactus aluerit, an poteſt hunc animum induere, ut ſi deinde alumnus bona conſecutus ſit, illum habeat obligatum & repetat impenſas? De liberis a parentibus altis, certum eſt non poſſe, cum alimenta ipſis, non ſecus ac æs alienum, debeatur, *arg. l. 8. §. 15. in fin. de Inoff. teſtam.* Idem de parentibus a liberis altis videtur, *arg. l. 15. in pr. eod. tit.* In fratribus atque ſorbribus, alia ratio eſſe videtur; quia nec legitimæ petitionem, quæ ad alimenta ſpectat, regulariter habent, nec in legibus usquam neceſſitas illis imponi dicitur. Quando igitur his fratres injunguntur alendi, videntur ita ſe comparare poſſe, ut ſi aliquando frater abundet, is ad reſtituendum teneatur. Idem de remotioribus, ſi propinquos egenos aluerint, haud dubie tenendum;

dum; Repetere possunt, si de hoc eorum animo constet olim: Aliter non possunt agere, ex pietate eleemosyna præstita. Quod ita de cœnobiis, Diaconis, publicisque pauperum Curatoribus? Repetere possunt ex pacto, Lege, vel Consuetudine: Quæ non solent in tempus post alimenta percepta dirigi; sed frequenter ita, ut si quid pauperibus, dum aluntur, obveniat, hoc ipsis cedat, modo sumptus factos non egrediatur: Hujusmodi consuetudines sunt justæ; magis tamen laudabiles, quæ sortes bonorum propriorum, si quæ sint, orphanis relinquunt, reditibus altores jubent esse contentos. Præterea Respublicæ, aut aliquando privati, solent educare alumnos ad studia. Possuntne petere ab illis, ut sibi deinde ministerium doctrinæ suæ præstent? Non possunt, nisi, ut dictum, ex pacto, vel Lege, qualem heic esse in Frisia, de provinciæ alumnis intelligo. Sicubi nihil legis vel pacti inveniatur, jus commune sequendum. Ea de re exemplum Pastoris Leovardiensis Hagam Comitis vocati, qui fuerat alumnus ejusdem civitatis, ex Nautæ decisionibus retuli, in *Jurispr. vernac. lib. 2. c. 23. n. 39.* Postremo, an heredes eorum, qui alere coacti sunt, tenentur ad continuationem alimentorum? Videntur, utique heredes liberorum, qui parentes aluerunt, eoque magis heredes parentum, qui liberos aluerunt, utique in casu extremæ egestatis, quo coactio ad alimenta locum habet duntaxat, *l. 5. §. 17. h. t.*

TIT. IV.

De Inspiciendo Ventre Custodiendoque partu.

Præcedentia Senatus Consulta non habuere locum, si mulier dissimularet vel negaret, se esse prægnantem, *l. 1. §. 1.* Quod si contingat, ut post divortium mulier se prægnantem esse neget, Vir aliter persuasus, & Pater esse cupiens, potest mulierem vocare ad Prætorem, & rogare; Si negare perseverat, mittere potest obstetrices ad ventrem inspiciendum; quæ, vel earum duæ si renunciaverint esse prægnantem, custodes apponuntur, *d. l. 1. pr. & §. 1.* Si mulier nolit, pignoribus captis, aut mulctis cogi potest, *§. 3.* Aliam vim illi adhibere nefas est, ne quidem ut, dum inspicitur, ventrem invitæ ulla tangat, *§. 10.* Similis exploratio fit, cum mulier, mortuo marito, se prægnantem esse adfirmat, sed quia tum majus vertitur præjudicium agnatorum gentiliumque, per quinque obstetrices mulier exploratur, eo modo, qui prolixe & curiose describitur in *d. §. 10.*

SCHOLIUM.

Neque bodie hic titulus plane est inutilis, præprimis in viduis nobilibus. Vid Hahnium *ad Wesenb. h. t.* Schilter. *Exercit. 39. th. 125. 127.*

TIT. V.

Si Ventris nomine, mulier in possessionem missa, eadem Possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Vix opus est pluribus verbis, quam sunt in Rubrica, modo hoc sciamus; Viduam prægnantem mitti a Prætore in possessionem bonorum mariti defuncti, ventris nomine, ut in *pr. l. 1. h.* obiter ponitur, & plenius traditur in *tit. ff. de Ventr. in poss. mitt.* Hæc si impetrata bonorum possessione, dolo malo eam ad alium, qui bona forte dissipet, fructus consumat, neque solvendo sit, transferat; datur actio propinquis mariti, aut substitutis, in id quod interest, perpetua contra mulierem, vel ejus patrem in cujus potestate est, quatenus ille doli particeps sit, aut ad eum pervenerit, *d. l. 1. §. 1. & ult. l. 2. §. 1. h.* Is vero, in quem translata fuit possessio, per Interdictum ex illis jubetur decedere, *l. 1. §. 2.*

Tit.

Tit. VI.

Si mulier ventris nomine, in possessione calumniæ causa esse dicatur.

QUod si mulier calumniose mentita se esse prægnantem, prætori subrepserit, ut in possessionem mitteretur, propinqui aut substituti, agunt in id quod sua interest, actione famosa, *l. un. §. 3. 6. 7. h.* juncta *l. 15. & sequ. De his, qui infam. not.* Si mulier, herede deferente, juraverit, se esse prægnantem, hac actione non tenetur: Sed de natalibus infantis deinde tamen, ubi natus fuerit, quæri poterit, *l. 1. in pr. h.*

Tit. VII.

De concubinis.

I. Definitio Concubinatus, & an Mariti concubinas habuerint. II. An Concubinatus sit licitus. III. Concubinatus alia species, improprie dicta & magis honesta.

PRoxima Uxori est Concubina, quæ cum *Cælibe* vivit uxoris loco, sine titulo & dignitate uxoris. Cum *Cælibe* diximus; Nam quo tempore aliquis uxorem habet, concubinam habere non potest, ait Paulus *2. Sent. 20.* Idemque neglectum, ut videtur, denuo sanxit Constantinus in *l. un. C. de Concubin.* De facto, mariti sæpius amicas suas videntur appellasse concubinas, quod nomen honestius erat, quam amicæ & pellicis, cujus multo turpior erat appellatio, ut est apud Gellium *l. 2. c. 3. & l. 144. de V. S.* Præter quod pellicis appellatio cum respectu ad uxorem dicitur: Jovis amicæ pellices Junonis. Ita Cicero concubinam vocat, quæ ducta erat a Patrefam. Romæ, qui uxorem habebat in Hispania, *1. de Orat.* & cum Marcianus *in l. 3. §. 1. h.* per concubinatum negat adulterium committi, maritos habuisse concubinas, evidenter significat, quicquid D. Wissenbach ad *h. t. th. 22.* argutetur.

2. Quando tamen concubinatum in jure dicimus permissum, de cœlibum amicabus loquimur: Quas fuisse permissas, tam est indubitatum quam quod certissimum, ut videre licet in *l. 1. pr. §. 1. & §. ult. l. 3. §. 1. h. l. 41. de Rit. Nupt.* quod demonstratum, atque ab objectionibus vindicatum, *in lib. 2. Digress. cap. 11.* Nec usquam hoc jus mutatum liquet, ex *N. 12. c. ult. N. 89. c. 8.* ubi quod in *pr.* dicitur, naturales veteribus incognitos fuisse, id de effectu successionis legitimæ est accipiendum, per *l. 17. §. 4. ad SC. Treb. l. 7. pr. de confirm. tut.* Moribus Christianis, concubina nihilo melior est quam vaga amica, & inter naturales atque spurios nihilo plus discriminis est, quam quæ ex certitudine aut incertitudine patris oriatur, quod & Leo in *Nov. 91.* constituit. Wissenb. ad *h. t. th. 23. 24. 25.* Nec ideo jus Civile; maxime Impp. Christianos defendendos, sed excusandos arbitramur, quod veterem vagæ libidinis licentiam, hac concubinatus licentia, eum penitus cohibere non possent, circumscribere maluerint. Nam ejusmodi indulgentiam ex gravi causa esse licitam, exemplum Mosaicum in divortio, Judæis propter duritiam cordis eorum permittendo, satis demonstrat. Laudare Juris auctores concubinatum, nusquam liquet. Nec id probant verba *l. 1. in fin. pr. h. t. Honestius est Patrono, libertam habere concubinam, quam Matremfam.* Item quod Libertabus, Patronorum concubinis, *honestas matronarum* adscribitur in *l. 14. de Rit. Nupt.* ut probavimus *d. cap. 11. lib. 2. Digress.* Adde quæ dix. *part. 2. Digr. lib. 1. c. 2. n. 2. & 4.*

3. Est & aliud genus Concubinatus, quod pro conjugio haberi potest, etsi requisita quædam & effecta juris civilis ei desint. Exempli causa; Inter servum & ancillam, jure Romano contubernium esse dicitur, non matrimonium, *l. 3. C. de Incest. Nupt.* ubi graviter animadvertitur in decuriones, qui ancillis alienis se junxerint, etsi revera ad ipsam matrimonii naturam in tali conjunctione nihil desideretur: quo pertinet *inæqualis conjugii* appellatio, in *l. 3. C. de Natural. lib.* Matrimonii enim essentia videtur adesse, quando indissolubilis unius cum una conjunctio inita & continuata est, ut Grotius differit *lib. 2. de J. B. & P. c. 5. n. 15.* Verum ut talis conjunctio inculpata videri queat, contrahentes id palam præ se ferre oportere videntur, ita quemadmodum in exemplis prædictis, usu venit. Nam ejusmodi clandestina conjunctio, licet hoc animo, ut indissolubilis sit, tamen si absit titulus honosque matrimonii, coram Ecclesia ac hominibus non videtur honestati, nec scopo nuptiarum in liberis, qui illegitimi nascuntur, satisfacere: etsi vulgo

mariage de conscience, matrimonium conscientiæ appelletur. De tali autem conjunctione, intelligi volunt Pontificii Concilium Toletanum, de quo est *can. Is qui. & can. seqq. Dist. 34.* Adde Grotium *d. loco & in not.* ubi Augustini auctoritas in eundem finem. Wissenb. *ad h. tit. th. ult.*

LIB. XXVI.

TIT. I.

De Tutela.

I. De Tutela, remissive. II. De Cura similiter. III. De Cura maritali in uxorem & bona ejus. IV. Non posse mulierem sine viro stare in judicio, sub except. V. Nec alienare, aut obligare se, aut virum, aut bona sua. VI. Nec ideo tamen vir potest solus alienare, vel obligare bona mulieris. VII. Cessare hanc curam, si vir ipse sit in Cura. VIII. Per pactum. IX. Per divortium, & X. Per interdictionem, quæ an ex inopia fieri possit. XI. Quando vir in certis causis se non gerat ut Curatorem. XII. Mulierem licite cum viro agentem, non egere Curatoris. XIII. In rebus ad Oeconomiam spectantibus. XIV. In Negotiatione publica, quam mulier cum viro exercet. XV. Si mulier contradicat. XVI. Fidejussiones excipiuntur, an & donationes. XVII. De Judicis officio. XVIII. Cessare in ultimis voluntatibus Curam mariti. XIX. De alienatione rerum denuo.

ABsolvimus primum juris personalis articulum, de Nuptiis, cum suis appendicibus; Sequitur alter de Tutelis; cujus pleraque plena manu eum *ad Instit.* tum in *Digression.* executi, breviores heic esse poterimus. Definitionem Tutelæ, verbotenus expositam dedimus in *lib. 3. cap. 2. Digress. & ad Inst. tit. de tutel. n. 2.* neque plura ad hanc Rubricam requiri videntur, cum divisio & cætera distinctis titulis sequantur: Nisi addere velis, quod utilissimum observatu, de Tutelis, quæ in gratiam & utilitatem Tutorum magis, quam pupillorum sunt repertæ, collocatum in *d. lib. 3. cap. 1. Digression.*

2. De Cura non est titulus specialis in Pandectis, sicut in Institutionibus; quoniam apud Veteres munus Curationis Lege XII. tabb. non fuit constitutum, nisi furiosis, & dein ad prodigos Lege Lætoria extensum; postea a Juris Consultis ad similitudinem Tutelæ & ad alios casus productum, tamen sub Tutela latebat. Unde nec ullam propriam actionem, sed utilem Tutelæ pariebat, ac etiamnum parit; a Divo Marco postea munus ordinarium Cura in minores facta est, ut probavimus in *lib. 3. Digress. c. 15. & c. 16.* Quin hoc institutum Curæ, progressu temporis latius propagatum est; adeo ut Cura omnis in varias admodum species & usus, per Divisiones expandi possit. In summa duplex ut sit, Bonorum duntaxat, aut bonorum una cum personis. De Cura bonorum *tantum*, sunt varia exempla; Quando Creditores mittuntur in possessionem Debitoris latitantis aut indefensi, Quando ventri datur Curator, Quando ad singulares actus, ut ad divisionem, ad solutionem, ad litem, aliasque res innumeras, dantur Curatores, de quibus in suis locis agetur. Pertinent huc etiam Administratores, qui testamento ad curanda bona, pupillis jam habentibus tutores relicta, dantur. Sed ejusmodi Curationes non sunt munera publica, sicut est cura Minorum: sed privata officia, quæ non nisi volentibus imponuntur, ut probat Sandius *l. 2. t. 9. Def. 11.* Cura, quæ publici muneris habet necessitatem, est vel Minorum annis 25, vel aliorum extra puberes. De ultima specie titulum habebimus *infra* specialem, & de utraque habuimus *ad tit. I. de Curat.* ubi & de convenientiis & discrepantiis Tutelæ atque Curæ, earumque usu. Quibus additum velim, etsi Tutelæ & Curæ, sicut nomen ita jus, hodiernis moribus confusum Belgici Scriptores testantur, ut Vinnius *ad pr. Inst. Quib. mod. Tut. fin. & ad pr. I. de Curat. n. 3. & seqq.* Grotius *1. Introd. 7. n. 1.* aliique citati Grœnewegio *ad d. tit. Quib. mod. Tut. fin.* id tamen non ubique, nec in Germania, de qua Gailius *2. obs. 96.* nec sane in Frisia obtinere, ut Grœnewegius *ibidem* & nos ad *d. tit. Inst. n. 3. in fine* probavimus. Credo etiam negari non posse, quod aliquæ supersint differentiæ, quas rei natura non fert esse abolitas, & quæ in progressu nobis occurrent.

3. Maritalis potestas, de qua non fuit adhuc locus sat commode agendi, solet etiam referri ad Curam, ac ita fere ubique receptum est & loquuntur,

tur, Virum esse Curatorem uxoris suæ, *Man en Voogd.* Hoc enim vocabulum notat Curatorem, sicut *Momber* Tutorem. Ita Gudelin. *de jur. noviss. lib. 1. c. 7.* Grot. *introd. lib. 1. part. 5. n. 27. & seqq.* Herbaj. *rer. quotid. cap. 13.* Sand. *lib. 2. tit. 4. def. 1.* ac alii passim. Existimo tamen, ut vocabulum *Voogd*, quamlibet potestatem significat, mariti potestatem in uxorem & ejus bona, non esse *Curam* proprie dictam, sed potestatem sui generis maritalem. Etenim Cura, quæ est bonorum una cum persona, sicut hæc species se habet, causam agnoscit ætatem, vel ex ratione juris antiqui, sexus imbecillitatem. Hoc autem maritale jus, non est ob ætatem, quia competit etiam in anus, neque propter sexum, * quia non competit in virgines, aut viduas: Præter quod Viri non tenentur ad rationes reddendas, nec ad inventarium faciendum, neque confirmantur a Magistratibus, quæ omnia secus in Curatoribus se habent, de quibus *vid.* Sand. *d. lib. 2. tit. 4. def. 1.* E quibus nova ratio colligitur, hoc jus non esse Curam; quia non tam est in gratiam eorum, qui sunt in potestate, sicut Tutela & Cura sunt, quam in utilitatem eorum, qui potestate sunt præditi, ut Herbajus quoque noster usurpat *rer. quotid. 3. §. 12.* Verum tamen est, hanc potestatem, si Cura non sit, haud quaquam minus, imo ut ex illis speciminibus apparet, plus continere. Et esse ex institutis Germanorum, ut Grotius censet *d. c. 5. n. 31.* a Jure Romano abhorrentem, quo Viri potestas & Curatoris auctoritas, in eadem persona consistere non possunt, *l. 14. de Curat. fur. l. 66. & seqq. de Rit. Nupt.*

4. Quanquam autem hæc proprie CURA, ut dictum, non sit, ejus tamen vim & virtutem complectitur. Ideoque ubi primum puella nupserit, Curatoris, quem habet, potestas in continenti finitur, ut Sandius *d. tit. 4. def. 1.* Quamvis etiam eo modo in bona uxoris detur, ut non minus in personam sit per consequentiam, quam id de minoribus adfirmatum est alias, ex *l. 12. §. 3. de Administr. Tut.* non complectimur tamen sub ea potestatem, quæ juris Gentium & divini est, quæque subjectionem mulieris infra Virum, & hujus principatum, *l. 196. de V. S.* comprehendit, citra *verbera* tamen, ut Grotius censet *d. cap. 5. n. 29.* Cura adeo, de qua heic agimus, ad bona proprie pertinet, atque ad personam mulieris, quatenus hæc ab administratione bonorum inseparabilis est, ut ex sequentibus patebit. Sequemur porro ejusdem Grotii filum.

5. *Vi hujus auctoritatis sive Curæ Vir*, inquit, *pro uxore* sine ejus voluntate ** *stat in judicio n. 32. Mulier contra non habet personam standi in judicio, nisi ex mandato Viri, p. 35.* vel ejus auctoritate; *Gesterkt met deselve*, ut loquuntur. Si tamen Vir absit, nec ejus copia vel consensus haberi possit, uxor admitti potest ad interventionem pro Marito, sub renunciatione SCti Vellejani & cautione de rato, ut Sandius judicatum refert *lib. 1. tit. 5. def. 1.* Cautio de rato, quam habet in subscriptione decisionis ejus, indicat, uxorem non modo intervenire maritumque defendere, sed etiam pro illo actionem instituere posse, quemadmodum omnes personæ conjunctæ, *l. 35. in pr.* junct. *l. 33. §. 3. de Procurat.* idque ita in usu nostro servatur. Imo si Vir longo tempore peregre fuerit, ut non constet, ubi sit, vivat an secus, non est insolens, mulierem, ut Cura Viri liberam, simpliciter in suis rebus admittere, quod Curia censuit in causa Creditorum *Titiæ Thomæ Oosterbaen*, contra *heredes J. S. qui moverant exceptionem adversus Creditrieem* tali viro nuptam. *23. Octobr. 1623.* Contra maritum etiam mulier sola consistere potest, ut probavimus *ad tit. de Judic. n. 14.* etsi recentior usus velit, ut tali casu ei Curator in litem adjungatur.

6. Pergit Grotius. *Vir potest alienare & obligare bona uxoris, etiam quæ extra communionem penes se recepit, pro lubitu suo, ut nec ejus consensu indigeat, n. 33.* idque indistincte, res sint mobiles an immobiles. *** Hoc satis enorme vide-

* Immo vero ob sexus fragilitatem, quæ facit, ut mulieres apud Germanos, inprimis Saxones, sint in perpetua cura. A virginibus & viduabus ad Uxores non valere argumentum, res ipsa loquitur; neque tamen illæ sunt extra curam. Rationes non reddunt, inventarium non faciunt, a magistratu non confirmantur, immo utilitatem capiunt omnes illi, qui ipso Jure, legibus moribusque Germanicis sunt Tutores. Patris potestas solvitur in Saxonia filiarum nuptiis, certissimo indicio, maritum der Eheliche Vogt, in Cura habere uxorem, sui Juris existentem. *a. pr. Id. Tutel. 6. notata P. I. p. 42.*

** Quod in Saxonia nostra fallit, ob expressum textum *Ordinationis Proc. Sax. tit. 8.* § da sie aber. *verbis final.* und die Ehemänner ohne sonderbare curatoria, oder zum wenigsten Cautione rati, nicht zugelassen werden. Carpz. *P. I. C. 1. def. 31.* quæ cautio rati remissa maritis *O. P. S. E. Noviss. ad d. t. 8. §. 1. p. 68.*

*** In Saxonia nostra res immobiles dotales alienat, non nisi uxore consentiente & adhibito ab ea Curatore in litem. Paraphernalia alienat Uxor consensu mariti, ut Curatoris legitimi, valide, nisi maritus pretium velit lucrari, quo casu etiam Curatore ad litem Uxori opus est, *Dec. El. 24.* Carpz. *P. III. C. 23. def. 30. 31.*

tur,

tur, non modo contra jus civile, *l. 8. C. de Pact. convent. super dot.* sed etiam ultra jus Curæ, quæ tantum administrationem, non alienandi pro lubitu facultatem tribuit. Rectius nostræ Curiæ Δικασπόλοι non agnoscunt res soli alienantem Virum, nisi mulieris consensus liqueat, idque tam de rebus Dotalibus quam paraphernalibus, ut docet Herbajus *c. 13. §. 6.* & testatur Sandius *lib. 2. tit. 4. def. 2.* idemque de oppignoratione quotidie servatur, *arg. l. ult. C. de Reb. alien. non alienand.* Grotius idem; *Si vir æs alienum quacunque e causa contrahat, mulier etiam post mariti mortem indistincte tenetur*, *dum e contra mulier nec alienare quicquam, nec obligare se, vel bona sua, nisi Auctore Viro, potest, *d. loco n. 35.* Si quid eorum fecerit, contractus est ipso jure nullus, ut probat Sandius *d. tit. 4. def. 3. vers. cum igitur mulier;* ut tamen, si mulier sine Viro utiliter contraxerit, adversarius ejus, beneficio nullitatis uti nequeat, ut recte Sandius, convenienter juris communis rationi, *d. def. 3. vers. Hinc ex facto.* Enimvero utrum maritus præsens, non absens, in ipso negotio, an postea consensum adhibeat, cum utique Tutela non sit, nihil refert, ut idem in *eadem Decis. vers. Porro cum hic.* Atque in eo jam Maritalis potestas Tutelarem & Curatoriam excedit, quod pupilli & minores non teneantur e contractibus Tutorum & Curatorum, nisi constet, in rem illorum versam esse pecuniam, ut ad *tit. Quand. ex fact. Tut. & Cur.* Vir autem uxorem obliget, etsi per luxuriam æs alienum sit contractum, ut occupavimus ad *tit. de Societ. n. 8.*

7. Addendi sunt casus, quibus cessat (incipit ab impletis nuptiis & cohabitatione, Herbaj. *c. 13. §. 2.*) hæc auctoritas vel cura maritalis: qui sunt vel tales, quibus omnino cessat, vel quibus in certis casibus locum non habet. Casus priores sunt hi; I. Quando vir ipsemet est sub Cura, propter ætatem minorem, insaniam, vel prodigentiam; Tunc enim mulier, si minor sit, manet sub Curatore proprio, quemadmodum ipse vir manet in sui Curatoris auctoritate, nisi veniam ætatis impetraverit, ut Herbajus *c. 13. §. 3.* & Sandius docet in *præd. tit. def. 1.* Sed pone, mulierem esse majorem annis 25, maritum minorem nec venia potitum, siquidem Vir consenserit, etsi Curator non sit, valere tamen contractum mulieris, statuit Sandius, ut consentiat tanquam Vir, non ut Curator, *d. def. 3. vers. Quid si 25. annis minor.* Numquid igitur eget consensu viri, an vero sub hujus Curatore erit vel potius sui juris & auctoritatis censebitur? an vero tandem inspectorem aliquem & quasi Curatorem habet? Eadem est quæstio, si vir fiat insanus aut prodigus. Sandius remittit ad Herbajum. Hic fluctuat, nec quid certi suggerat, habet, in *d. cap. 13. §. 19.* Ego nullus dubito, quin mulier ut sui juris consideranda sit. Cum enim nullius auctoritatem, nisi maritalem, matrona major annis 25. agnoscat; hac deficiente, non potest aliter quam soluta & libera Curæ adspici. Ut mariti Curatori subjiciatur, ipsi Herbajo absurdum videtur, de Inspectore λόγος οὐδείς & Herbajus proponit, nihil definit. Ergo nihil præ eo, quod diximus, reliquum. Nec aliter sentire visi Curiæ Supremæ Domini, cum Juris Consulto cuidam, dignitatibus functo, consilii prompto & callido, de quo haud inepte cives sui dicebant, eum omne consilium insumsisse aliis, ut nihil sibi retinuisset; cum huic bonis interdictum & Curator datus esset, de uxore ejus actum. Erat illa rebus suis gerendis haud quaquam apta, nec tamen prodiga, vel insana. Curatorem mariti nihil in eam juris habere, pro certo erat. Igitur persuasum ei, ut ipsa Curatorem eundem, quem maritus acceperat, quasi ob mentis inopiam, peteret. Si consilio valuisset, sibi relicta fuisset, quemadmodum fit, de uxoribus furiosorum & prodigorum. Nec obstat ratio Herbaji; Potestas sive Cura maritalis, est in utilitatem mariti, est jus commodumque matrimonii, quod ideo retinet, quamdiu matrimonium durat: Et sic maritus minor impedire poterit uxorem contrahentem, vel coget adhibere consensum; prodigi autem viri & furiosi Curator, jus ejus hac parte custodiet. Responde; Curam mariti esse jus commodumque matrimonii, si vir ejus sit capax; si non sit, Cura nulla est, ideoque jus ejus & commodum æque erit τῶν μὴ ὄντων. Inferius idem ratione & exemplo rei judicatæ patebit amplius.

8. Secundo cessat hæc Cura, per Conventio-

* Non tenetur in Saxonia, si dotem & bona illata repetat, ne quidem de Gerada in subsidium, *O. P. S. tit. 43.* §. und weil hierbey. Carpz. *P. II. Const. 14. def. 61.* secus est si Morgengabam & Cibaria das Mußtheil perceperit, *d. O. P. S. tit. 43.* §. und weil hierbey. Carpzov. *P. III. C. 36. def. 9.* Vidua, quæ portionem statutariam accepit, ære alieno postea emergente, pro rata tenetur. Carpz. *P. III. c. 20. def. 46.*

nem

nem antenuptialem, qua vir potestati suæ in bona uxoris renunciat, vel, quod idem, liberam administrationem uxori permittit, quod fieri posse, jam dictum est ad *tit. de Pact. Dotal. n.* 4. & firmatur ab Herbajo nostro *d. cap. 13. n. 10.* quia nec bonos mores neque jus publicum ea re lædi, patet inde, quod apud veteres hæc potestas in bona uxoria insuetata & incognita fuit, adeoque maritus de suo jure tantum remittit. Verum an post contractum matrimonium illa renunciatio fieri possit, merito dubites; quia cum hoc jus ad commodum mariti pertineat, ut dictum, & omnis remissio lucrosa inter virum & uxorem sit prohibita, renunciatio potestatis hujus in speciem donationis incideret. Verum quia hæc renunciatio pactis antenuptialibus sæpe, salva communione redituum & acquæstuum, ac ita sine damno pecuniario, qua vir etiam sæpe constante matrimonio, in causis singularibus abstinet, aut desistit ab auctoritate sua, ut mox intelligemus; hinc si communione salva, renunciet administrationi Curæque suæ, nihil donationis exercere videtur: possunt enim separari communio & auctoritas; ut vir, illa salva, hanc omittat aut amittat; quemadmodum sæpius accidit, ut communione salva, vir tamen autoritatem retineat, hactenus ut sine ejus consensu mulier alienare, vel obligare se, aut in judicio consistere, non possit; quod usu venit in maritis obæratis, qui, ne uxores oneribus suis implicent, bonorum separationem instituit; qua facta, mulieres ex ære alieno ab illis contracto non tenentur; reliquas tamen auctoritatis partes, quibus specialiter renunciatum non est, quo minus retineat, nihil obstat.

9. Tertio finitur Cura mariti, finito matrimonio, præter mortem; per adulterium, & malitiosam desertionem alterutrius, si pars innocens jure suo in animum induxerit uti; qua de re diximus *ad tit. de Divort.* An etiam per separationem quoad mensam & thorum quæ dicitur? Ita, si per Judicem approbata maritoque imperata sit: Ideoque hic modus ad *Interdictionem* Judicis referendus est, qui proinde *Quartus* est modus.

10. Causa interdictionis, primo est eadem, qua viro suis propriis bonis interdicitur, & qua fit prodigus; etsi hic modus jam comprehensus sit inter casus, quibus ipse Curæ subjicitur. Sed quando uxori ob viri sævitiam, aut importunos & intolerandos mores, seorsim habitare suasque res agere permittitur, hoc ipso Curam & administrationem viro competentem cessare, manifestum est. Nec dubium, quin etiam fieri possit interdictio maritalis Curæ, sine separatione habitationis, & sine interdicto a propriis bonis, si vir aut propria bona non habeat, aut manifesta consilia inopia, nec minore temeritate res uxorias administret: qua de re deliberatum quidem in Curia nostra, decretum nihil memini, licet fieri posse non dubitaretur. An hoc solo, quod maritus ad inopiam vergit, a Cura rei uxoriæ removeri possit, dubitatum est; Dotem ex hac causa Jure civili repeti posse, diximus ad *tit. Sol. matrim.* unde prona videtur hæc consequentia; si dominium rei Dotalis marito auferri queat, eundem ex eadem causa facilius a Cura removeri. Neget tamen hanc consecutionem Herbajus *d. cap. 13. §. 10.* quia *Societatis ratio postulet, ut fortuitorum eventus utrumque conjugem æquo onere premat. Mox, si ex æquo dispendii partes ferant, patet, quæ de Dote constituta sunt, huc non facere; cum jure civili id actum sit, ut ea salva esset, lucri damnique expers.* Quanquam Herbaji ratio ad communionem, non ad Curam spectat conjugalem, non est tamen ab ejus sententia recedendum, solam paupertatem adversamve fortunam non esse causam removendi maritum a Cura uxoris, per ea, quæ de Tutore ob hanc causam removendo, diximus ad *tit. Inst. de susp. Tut. in fin.* Verum si paupertas ex imperitia, temeritate, pervicacia, ut sæpe accidit, oriatur; denique si paupertas sit ex ære alieno multiplici, ante matrimonium conflato, uxoremque celato; unde ipsa per Curam & administrationem mariti creditoribus & executoribus obnoxia intricetur, non est recusandum, quin & separationem bonorum Mulier & cessationem Curæ maritalis impetrare possit, ac *ita servatur.*

11. Sequuntur casus certi, quibus Cura maritalis non habet usum; quorum aliquos habet Sandius *d. tit. 4. defin. 4. lib. 2.* Nos primum casum ponimus late patentem; Quoties vir se non gerit ut Curatorem, sed præ fert contrarium, quod cum facere posse, non est dubium. Si enim a Cura maritus in universum desistere potest, in singulis actibus id ipsum facere posse, necessarium dictu est. Nostra quoque Statuta *d. tit. lib. 1. art. 1.* id indicant his verbis: *Viri in hac provincia se gerentes ut Curatores uxorum suarum &c. Haer dragende als voogden, ens.* Possunt igitur se gerere ut Curatores, possunt etiam secus. Et quidem Curatoriam qualitatem satis aperte negat vir,

vir, quando mandatum uxoris præfert, vel etiam cavet, illam, quod egerit ipse, ratum esse habituram, quæ cautio supplet defectum mandati, nec habet locum, nisi in eo, qui se mandati indigere fatetur, *l. 12. §. 1. D. Rem ratam haberi.* ut Sandius etiam docet *lib. 1. tit. 2. def. 2. verf. Hæc ita procedunt.* Ideoque miror, hanc speciem eum non recensuisse inter exceptiones, quas data opera enumerat in *lib. 2. tit. 2. def. 4.* Atque hanc rem certi juris, si animadverterent scriptores instrumentorum, quibus se vir, pro se & uxore aliquid agere profitetur, non tam facile cautionem de rato maritorum qualitati adjicerent; dum hi plerumque nihil minus cogitant, quam quam ut juri Curatorum in rebus uxoriis abstineant, quod nec Herbajus noster animadversione sua intactum reliquit, *d. cap. 14. §. 9.*. Estne igitur necesse, ut maritus qualitatem Curatoris aperte præ se ferat, ut si vir & uxor pariter in Actis commemorentur, pari jure censeantur? Non videtur. Est enim Vir uxoris Curator, si nihil aliud præ se ferat, ac ita Curiæ nostræ visum in causa *Johannis Duringii Appellantis, contra Philippum Boshusium. d. 15. Jul. 1642.* Hic retractum instituerat pro uxore sine qualitate curatoris; Ad retractum autem præcise mandatum in judicio exhibendum est; At quia Curator non eget mandati, *l. 23. de Administrat. Tut. & Cur.* hoc a maritis nomine Curatorio agentibus non requiritur. Appellans nec mandatum nec Curatoriam qualitatem adesse causatus, Retractum non jure factum contendebat. Sed aliter judicatum. Si quis roget, quid intersit, quoad effectum; dic, si mandatum prætulerit, nec habeat mandatum maritus, aut si de rato caverit, mulierem invitam non teneri, sed virum in id quod interest alterius, quod mulier non accesserit contractui, teneri, quemadmodum in similibus semper juris est. Non potest enim non teneri ad id, quod promisit. Nihil igitur potius est, quam ut vir sine uxore contrahens præferat suum nomen, & Curatorium uxoris respectu, vel pro se & uxore se agere dicat. Quæsitum aliquando, cum vir ita dixisset: Agere se pro se & uxore, cum negotium ad uxorem solam pertineret, an totum pro illa subsisteret. Videbatur non posse, cum sibi partem adscripsisset, quæ cum esset inutilis, uxori accrescere non poterat, quia jus accrescendi cessat in contractibus, *l. 110. in pr. de V. O.* Judicatum tamen apud Nautam reperio, in prædicta causa *Duringii contra Boshusium,* valere quod actum esset pro uxore, totum, etsi vir pro se & uxore retractum instituisset, cum mulieri soli ratione sanguinis conveniret; vel quod hæc verba, *pro se & uxore*, duos quasi reos in solidum constituebant; quorum altero sublato ut inutiliter adjecto, alter tamen superesset: Vel quod verba *pro se*, hoc modo possent accipi; quatenus viri auctoritas ad uxorium actum erat necessaria; licet effectus rei in hanc solam redundaret.

12. Hæc observatio, quod vir non sit curator uxoris, quando eam præ se non fert, evidenter probat, * id quod alias & aliquoties probavimus, heic etiam *n. 7.* uxorem non egere Curatoris ad litem, quando cum viro litigat, aut quando juxta virum, se non gerentem ut Curatorem, res agit; vel denique, cum Viro aliquid rei licitæ contrahit. Qua de re extat Curiæ nostræ judicium in tali specie. Mulier solers viro tardiori nupta, cum eo pacta erat, ut suis bonis singuli fruerentur, neque hactenus erat notabilis differentia, ut citra donationis speciem facile subsisteret. Præterea placuerat, ut negotiationem, qua victum exercebant, cui vir erat impar, mulier sola curaret, lucrumque & damnum inde proveniens ipsa perciperet aut ferret; vir ad sustentationem familiæ mediocrem pro rebus ipsorum pecuniam conferret: Mariti heredes deinde conventionem illam oppugnabant, cum, quod mulier ea ratione se per commercium locupletasset, tum quod in ea conventione nullum habuerat Curatorem. Curia tamen contractum approbavit, in *causa Annæ Ruitenburg, contra Hiltiam Harings. d. 20. Dec. 1678.* Unde resultat duplex observatio, illa, quam diximus, *Quando mariti auctoritas cessat, mulierem alii Curæ non subjici.* & quod conventio habens incertum proventum lucri & damni, quanquam spe lucri facta, non sit habenda pro donatoria, licet eventus lucrum attulerit. Quod tamen an semper & indistincte obtineat, ex rebus & personis, & consilio partium, videtur esse dijudicandum.

13. Secunda exceptio adhuc frequentioris usus

* Quæ tamen omnia aliter obtinent in nostra Saxonia. Scilicet adeo est necessitatis, fœminam in Judicio habere Curatorem, ut non habenti tam ad agendum, quam ad defendendum, a Magistratu ex officio constituendus sit. *P. II. C. 15.* Si etiam mulier cum alio contrahat, sed in Mariti favorem, curatore indiget, ut supra monitum. conf. *O. P. S. E. Noviss. T. 8. §. 6. p. 68.*

est,

est, quando mulier contrahit de rebus ad œconomiam spectantibus, Grot. *d. lib. 1. c. 5. sub fin. tot de Huyshoudinge*, ajunt Statuta nostra. Huic enim Curæ a viro præposita intelligitur. Continet autem vocabulum illud quotidianas familiæ necessitates, maxime, quæ ad victum & amictum & supellectilem pertinent, cum temperamento etiam ne modum excedat, habita ratione dignitatis & opum mariti, boni viri arbitratu, ut monet Herbajus *d. cap. 13. n. 20.* & Sandius *d. decis. 4. vers. secund.* Ut *eatenus*, inquit ille, *detur actio, qua creditum est in iis, quæ quotidie alendæ familiæ sunt necessaria. Nam ut millia aut centena mutuo sumat, nemo neget, præter mentem legis esse, sicut & si non necessario emat in diem, mox ea distractura argento præsentario.* Laxius tamen hac in parte viri boni illud arbitrium sit oportet, ne ad sola necessaria restringas. Quin posse mulierem, ignaro marito, emere supellectilia satis notabili summa pecuniæ, etsi brevi postea per auctionem rursus vendita sint, judicatum esse a Curia in causa, *Tryntje Gysberts* contra *Drem Ten Hove*, testatur Saekma *not. ad d. tit. 2. art. 1. ante ferias Quadragesimæ 1619.*

14. Tertius casus particularis exceptus, est, *si mulier cum viro publicam exerceat mercaturam*, contractus eo spectantes, etiam sine viri consensu notitiaque, valent, Grot. *ibid. Stat. Fris. d. tit. 2. art. 2.* Herb. & Sandius *ibidem.* Hanc exceptionem merita est feminarum inferioris Germaniæ industria, ut etiam viros suos ex hac & præcedente causa occupare possint, non quasi ex auctoritate, sed jure communionis, & tacitæ præpositionis a Viro factæ; Quæ docet, utroque casu virum uxori, commercium ratione œconomiæ & commercii publici, interdicere posse, modo interdictum publice promulgetur, alioqui tertio non præjudicat, *arg. l. 11. §. 2. de Exercit. act.* Quod si mulier sola, viro aliis rebus aut otio dedito, mercaturam exerceat, idem juris est, ut recte Herbajus *d. loco.* & quidem tanto fortius eo casu, quod ejusmodi matronæ rei pecuniariæ dominæ, sæpe maritos uxorum instar, ut docet usus, habent; fere ut in exemplo modo relato evenerat. Quarto; si maritus pro auctoritate Curæ, volet inire contractum inutilem atque damnosum, uxor contradicendo suamque contradictionem alteri insinuando, potest efficere, ne per Curam viri teneatur, qua de re vide quæ diximus ad *tit. de Societate Parte II. pag. 967.*

15. Similis ei est casus, quem *sexto numero* ponimus; si maritus id, quod mulier utiliter & ex re sua gessit, ratum habere nolit, æquum est, Judicem auctorem fieri, sine præjudicio mariti, Sand. *d. decis. 4. vers. Quintum.* Ejusmodi quoque subsidiariam auctoritatem Judex adhibere potest, si maritus diu vel procul absit, & necessitas urgeat contractum aliquem impleri. Sand. *ibidem vers. Quartum.* Sed absentia mariti longinqua, per se mulierem non subducit ejus Curæ, nec facit habilem ad contrahendum, vel judicio experiundum, certe non ita, quo minus vir reversus id auctoritate sua rescindere possit. Sed tertius non potest recusare litem cum muliere contestari, vel negotium cum illa sola contractum implere; si modo caveatur ei, maritum rem ratam esse habiturum, ut Sandius tradit, & judicatum refert in *lib. 1. tit. 5. def. 1.* Sine ejusmodi cautione, mulier non potest alium in jus vocare, aut celebrare contractum, etsi mariti absentis copia nullo modo haberi possit, ut judicatum in causa N. N. *contra Alexandrum Sanders. ante Natal. Chr. 1680.* etsi causa agendi ex facto rei, absente marito, nata esset, & mulier læsa videretur. Secus tamen placuisse Curiæ, si vir tam diu peregre abfuisset, ut, num viveret, an mortuus esset, ignoraretur, modo relatum, & judicati exemplo confirmatum est.

16. Septimo, Auctoritas & Cura mariti non obligat mulierem, in causis mere personalibus, quæ marito soli conveniunt; qualis præter maleficia, est Fidejussio, quando vir pro alio intercedit. Ex hac causa viri potestas in uxorem, eam non complectitur, quia Lege factum est, ne mulier ullo modo ex fidejussione teneatur, qua proinde per maritum eam implicari, in fraudem Legis foret, idque ita communiter tenent, & apud nos servatur, ut diximus *ad tit. de Societate n. 8.* ubi & rationem reddidimus, cur mulier ex Tutela tempore matrimonii administrata; licet illa mulieri quoque non conveniat; teneatur, & latius in *Ausp. Domest. pag. 25. & seq.* In populis, quibus est societas universalis ipsorum bonorum, ne quidem fidejussiones viri, quo minus hæ uxorem teneant, excipiuntur; ac ideo Grœnewegius *ad tit. C. Ne ux. pro Mar.* & Rodemburgius *tract. de potest. Marit. tit. 2. c. 1. n. 8. 9. & 10.* Sandium negant audiendum de fidejussione. Quid enim ille? *Mulier de fidejussione viri non tenetur*, ait, *quia fidejubere quodammodo est perdere & donare.* At illi tenent, mulierem quoque de viri donationibus teneri. Quid tu? Ratio quidem Sandii minus forte apposita est, ut nos *d. loco.* At de donationi-

bus viro factis, sic habendum; Modicæ fiunt communes: magnæ penes eum manent, cui facta sunt, ut probavimus ad *tit. de Societ. n. 7. part. prac. p. 964*. Eodem modo donationes viri modicæ, ad onus commune pertinere videntur, majores ad virum solum, *arg. l. 10. de R. J.* Hactenus enim valet ratio; donare tantundem esse ac *perdere*, quod sane administrationis & curæ facultatem excedit.

17. Octavo, dicamus non esse opus mariti auctoritate, quoties obligatio ex Re venit, *arg. l. 46. de O. & A.* hoc est, quoties ipsa res & æquitas manifesta secum fert obligationem, ut si quis impensas fecerit in rem uxoris, ex communione, quam habet cum alio, & ex solutione indebiti. Herbajus *d. cap. 13. §. 14. ex quasi contractu*, ait, paulo laxius quam ratio ferat; quia ex negotiorum gestione *activa*, aut ex hereditatis aditione, quæ res facti sunt, non potest sine viro mulier obligari, nec alium ad divisionem provocare. Sed delicta recte ad obligationem, quæ ex Re venit, referuntur, *pr. I. de Oblig. ex del.* Ideoque mulier pœnam pecuniariam inscio viro, committere potest, Herbaj. *d. cap. 13. §. 15.* Sand. *d. Decis. 4. vers. His adde.*

Non habet locum maritalis auctoritas, ut nec Curatorum aliorum, in ultimis voluntatibus; etsi apud quosdam populos secus obtineat. Tiraquell. *ad LL. Connub. gl. 5. n. 93. & seqq.* Chassanæ. *ad Consuet. Burgund. tit. de Jur. Conjug. Rubr. 4.* verb. *Ny aussi par testam.* Quoniam autem Donatio mortis causa, per omnia ad similitudinem ultimarum voluntatum est redacta, teste Justiniano in *§. 1. de Donat.* nihil est causæ, quare & illam uxori facere non liceat, absque respectu ad mariti auctoritatem, modo rem eo vivo, vel manente conjugio, non tradat Donatori, ut mortis causa donantes facere posse, notum est ex *l. 2. de Donat. m. c.* Ac ita recte statuit Herbajus *d. cap. 13. §. 17.* aliique citati a Sandio *d. Decis. 4. sub fin.* qui tamen sequi maluit Antonium Fabrum dissentientem, eo quod Donatio mortis c. fiat per acceptationem, adeoque per conventionem ad instar contractus. Nam modus ille faciendi donationem non eximit eam ultimis voluntatibus, earumque naturæ & proprietati, quæ talis est, ut cum societate vel auctoritate maritali nihil habeat commune, cum in id tempus, quo Vir & Uxor amplius non erunt, differatur, *l. 10. de Donat. int. Vir. & Ux.*

18. Superius ad verba Grotii, marito dantis alienandi res uxorias potestatem, diximus, id ex delata Cura & administratione concessa non sequi, ac ideo nostratibus ita recte videri, maritum non posse res uxoris immobiles, ipsa ignara, alienare: De mobilibus nihil in hac Cura diversum ab aliis Curatoribus, quibus in his nihil præjudicatum est, statuendum videtur, ut *ad tit. de rebus eorum, qui in Tut. vel Cur.* videbimus. Vellem idcirco, Herbajus & Sandius nostri in locis, ubi de hac parte maritalis potestatis agunt, hujus necessariæ distinctionis meminissent; nec ille ita scripsisset, *quod maritus bona uxoris, quæcunque ea sunt, distrahere non possit, ea remittendo. d. cap. 13. §. 6.* Iisdem fere verbis & æque indefinite, Sandius in *d. lib. 1. tit. 4. def. 2.* docet, maritum quasvis uxoris res administrare, sed non posse alienare, nec ullo verbo secus in mobilibus esse, monet Lectorem. Tu tamen ita velim existimes, id eos a Lectore juris ignaro per se facile intellectum iri credidisse, præsertim cum ad jus civile, quo res non habet dubium, se referant: Nos tamen id supervacuum, quod moneretur, non putavimus: Præsertim quia res hæc alias habet juris consequentias notatu non indignas; veluti cum quæritur, an vir alienare possit obligationem uxoris, eamque in alium transferre per concessionem, sine ejus consensu. Non est res immobilis, sed neque mobilis; verum quia sic obtinuit & receptum est, ut obligationes cum de totis Patrimoniis quæritur, mobilium jure censeantur, magis est, ut vir hanc potestatem solus, sine mulieris consensu habeat, ac ita jam olim a Curia judicatum est, *in causa Thomæ Alles, contra Livium Feyes. ante ferias Natal. 1624.* Atque hæc res ab usu præsenti temporum non abhorret, maxime quia nihilo plus est in ejusmodi cessione, quam est in actione pecuniæ fœnebris uxoriæ, & apocha debitori data, quam potestatem maritus habet sine dubio, & quam Sandius atque Herbajus in *locis citatis* ei adscribunt. Plus ἀναθεωρήσεως est in eo, quod Nauta refert esse judicatum super hac specie. Titius Cajo vendiderat hereditatem uxoris, ipsa ignara & invita, consistentem in superficie rustica fundo conducto imposita & quibusdam mobilibus, instrumento rustico, & supellectilibus. Uxore dein revocante res suas, aut ejus herede, Curia censuit, ait Nauta, virum habuisse jus, illas res, ita sicut instituerat, vendendi, *in causa Petri Antonii cum sociis, contra Aggæum Petri cum sociis, d. 26. Octob. 1642.* Quod ad res mobiles attinebat, nihil erat ambigendum. De superficie movit hoc sine du-

dubio; quod dominium ad superficiarium non pertineat, sed ad dominum fundi, superficiarii jus desinit in petitionem taxationis, finita conductione, per actionem personalem & hypothecariam, ut expositum est ad *tit. de Loc. Conduct. capite de Ædificiis Rusticis & Taxationibus.* Adeo ut talis juris venditio, magis sit cessio juris pecuniarii, quam alienatio domus, quæ seorsim a conductione fundi non habet usum alienationis. Non est tamen hæc res adeo liquidæ considerationis, quam *Decisio præcedens.*

19. Ad locum de Tutoribus in genere spectat adhuc observatio, quid sint Actor, Administrator, Adjutor, & notitiæ gratia Tutor datus, quorum in positionibus obiter meminimus, & de quibus heic latius agere supersedemus, post ea, quæ plena manu de illis dicta sunt *part. 2. Digress. lib. 4. c. 27.* Summa huc redit. Actor est, qui certis pupilli negotiis a Tutore impedito, ipsius periculo per Magistratum præficitur, *l. 20. de Administr. Tut.* Administrator, qui Tutori ad universas pupilli res, a Magistratu, ob senium aut valetudinem adjungitur, *l. 13. §. 1. de Tutel.* Adjutor, quem ipse Tutor sibi petit adjungi, ob eandem rationem, *d. l. 13. §. 1.* Tutores notitiæ gratia, erant homines tenuiores, qui ob notitiam rerum domesticarum præcipuis tutoribus adjungebantur, ipsique erant tutores quidem, sed absque administratione, *l. 14. §. 1. & 6. de Solut.* Plura vide, inquam, *in d. cap. 27.*

Tit. II.

De Testamentaria Tutela.

I. Remissio, & Quæstio de Origine bujus Tutelæ explicita. II. Responsa ad objectiones de Tutore dando exheredato.

Divisio Tutelæ triplex, in Testamentariam, Legitimam & Dativam, singulæque species, quantum ad fundamenta paratitlaria opus est, apud *Institutiones* absoluta fuit: Proinde, nisi quid observationis occurrat peculiaris, heic commemoratione Rubricarum defungi liceret. De Testamentaria Tutela difficilis occurrit Quæstio; Nam fundamentum ejus est patria potestas, *§. 3. Inst. de Tutel. l. 1. in pr. h. t. Lege XII. tabularum*, ait Gajus, *permissum est parentibus, liberis suis, si modo in potestate sint, Tutores dare testamento.* Atque verba XII. tabularum hæc fuerunt: ***Paterfamilias uti super pecunia tutelaque rei suæ legassit, ita jus esto***, teste Ulpiano *tit. 11.* Cicerone *de Invent. l. 120. de V. S.* juncta *l. 53. de V. S.* Quæ verba cuilibet Testatori dant hanc potestatem, non soli patri. Quamobrem Serranus ad *lib. XI. Platonis de LL.* auctor est, alia fuisse in XII. tabulis verba, quibus Tutela ex patria potestate deduceretur, hujusmodi; *Parentibus Tutorum liberis in potestate, dandorum jus esto.* Verum hæc verba a Serrano conjecta esse & ficta, satis constat, cum nusquam antiquitatis reperiantur. Quomodo igitur Gajus illa interpretatus est? Pomponius rationem reddit in *d. l. 120. de V. S. Verbis Legis XII. Tabb. Uti Legassit &c. latissima potestas tributa videtur, Tutelas constituendi &c. Sed id interpretatione coangustatum est, vel Legum, vel auctoritate jura constituentium.* Necessitas interpretationis fecit, ut Jurisconsulti & Leges secutæ, verba Legis XII. ad patriam potestatem restringerent. Quia, cum Tutela sit jus in personam pupilli, id a nemine, quam ab eo, qui personam in potestate habet, stabiliri potest. Testator qua talis, non nisi de pecunia tutelaque respectu pecuniæ disponere potest. Hinc duplicem Tutelam Juris conditores elicuerunt, unam per interpretationem, quæ proprie Tutela fuit, in personam pupilli. Alteram ex nudis verbis, ad bona spectantem, de quibus speciebus actum a nobis *ad tit. l. de Tutel. n. 3. pag. 43.* quibus adde quæ dicta sunt *lib. 3. Digress. cap. 3.*

2. Inter propriam & improprie dictam Tutelam testamentariæ speciem, hoc inter alia discrimen traditum est, *d. n. 3.* Quod tutor improprie datus, non nisi pupillo heredi instituto dari possit; proprie Testamentarius etiam exheredato, quod tamen hodie non habet usum, nisi vel exheredatio bona mente facta sit, ut fieri posse, docet inter plures *l. 18. de lib. & post. hered.* vel si puer præmatura malitia causam ingratitudinis contraxerit, quod vix habet facultatem: Sed hæc sententia, quod Pater etiam liberis exheredatis, jure patriæ potestatis, Tutorem dare queat, aliquot objectiones patitur satis notas, quæ brevissime commemoratæ sunt in *d. §. 3.* Sed responsiones ibi desiderantur, easque in hunc locum ibi condiximus; Ergo heic necessario sunt collocan-

candæ. Objectiones petuntur ex *l. 73. §. 1. de R. J. l. 53. pr. de V. S. l. 26. §. f. h. t.* In *l. 73. §. 1. de R. J.* ita scriptum est; *Nemo potest Tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset.* Atqui exheredatus non est suus heres. Responsio simplex est hæc; Suus heres in *d. §. 1.* intelligitur, qui ordine legitimo & ab intestato talis est futurus, *si vixisset*, non eventu testamenti inspecto. Secunda objectio ex *l. 53. de V. S.* sic inducitur; Tutor separatim sine pecunia dari non potest. Ergo Tutor dari non potest, nisi cui pecunia data est; Atque ita non potest exheredato. Resp. Sensus illorum verborum sic est; Pater non potest heredem dare Testamento, nisi de pecunia simul disponat, id est, heredem eodem testamento faciat; non utique filium, cui tutorem dat, necessario, sed duntaxat, ut aliquem heredem instituat, neque de Tutela sola disponat. Tertia Objectio. Tutor, qui a Magistratu confirmandus est, non jure datus censetur, *l. 1. de Confirm. Tutor.* Atqui Tutor exheredato datus, a Magistratu confirmandus est, *l. 26. §. ult. h.* Resp. Confirmatio, quæ illic adhibetur, non fit, ut datio Tutoris testamento facta confirmetur a Magistratu, sed quia Tutor testamentum, in quo datus est, per Querelam Inofficiosi rescindere parat. Ex quo idem idcirco qualitatem Tutoris in ista lite petere non potest. Propterea litis ordinandæ gratia, petit se a Magistratu interim confirmari, ut quasi Tutor litem inofficiosi pro pupillo agere possit.

3. Moribus hodiernis, postquam jus illud excellens Patriæ potestatis, apud plerasque gentes ab usu recessit, Tutores omnes videntur ut improprie dati Testamento considerari, quia indistincte confirmantur a Magistratu. Adeo ut e Testamento non jure facto, Tutor datus tamen sit confirmandus, ut Scabinos Lipsienses respondisse, testatur Bekman. *ad h. t. n. 26.* Imo, licet hereditas non sit adita e testamento, tutoris dationem valere, censet Grœnewegius ad *l. 10. h. t.* ubi Jctus contrarium respondet de Tutela testamentaria proprie dicta. Ratio usus hodierni est, quia licet Testamentum non valeat, ut hereditas inde petatur, valet tamen ad voluntatem Testatoris significandam in rebus, quæ solennitatem juris non desiderant, ut exemplo videre licet *in l. ult. De rebus eorum, qui sub Tut.* Verum in locis, quæ jure scripto, quatenus Statutis non est abrogatum, utuntur, ut in Frisia, nihil causæ video, quamobrem jure civili non sit standum. Plane Tutorem in Testamento imperfecto vel destituto datum, volentem posse confirmari, nemo dubitet; Invitum nego; nisi Magistratus illum ex officio, tanquam Dativum constituerit.

TIT. III.

De Confirmando Tutore vel Curatore.

I. Causa confirmationis Tutorum. II. Modus confirmandi. Legitimos Tutores non confirmari. III. Sintne confirmati Tutores Dativi, an Testamentarii. IV. De Curatoribus confirmandis quid Moribus obtineat.

TUtores testamento jure dati, *immediata* vi dationis testamentariæ fiebant Tutores, protinus simul *atque aliquis heres extitisset. l. 7. h. t.* Nec enim hæc res impedit, quo minus Tutela immediate e Testamento valeat, non magis quam legata dominium ipso jure transferre impediuntur, eo quod ab hereditatis aditione pendent, *arg. l. 9. h. t.* juncta *l. 64. in fin. de Furt.* Tutor igitur vi patriæ potestatis in testamento jure facto datus, nulla eget confirmatione. Sed omnes reliqui, in quibus aliquis juris defectus argui potest, confirmandi sunt a Magistratu, *l. 1. h. t.*

2. Modus confirmandi est, ut fiat vel simpliciter, vel eodem modo, quo Magistratus aliqui dant Tutores ex officio. Simpliciter fit confirmatio, quando Pater non jure dedit Tutorem, veluti filio emancipato, vel in Codicillis testamento non confirmatis, aut verbis Precativis, *d. l. 1. & l. 3. h. t.* Si vero mater aut extranei dent Tutorem testamento, confirmatio fit per inquisitionem, vel per satisdationem. Priore modo per Magistratus majores, posteriore per minores, *l. 5. h. t.* Quanquam & circa Tutores a Patre non jure datos, quædam causæ cognitio vertatur, an duraverit Patris voluntas; num qua Tutoris ignorata morum emerserit improbitas, aut inimicitiæ cum patre pupilli exarserint, vel damnosum aliquem cum Fisco contractum inierit, *l. 8. & seqq.* Ita ut Prætor ultimam potius quam primam Patris voluntatem, imo utilitatem pupillorum magis, quam Scripturam testamenti sequatur,

tur, *l. 10. h.t.* Cæterum, ad Legitimos Tutores non pertinere confirmationis supplementum, omnes hujus tituli Leges, quæ de solo Tutore testamentario loquuntur, indicant, ut & situs Rubricæ, quæ est ante Legitimos Tutores. Ex cujus tituli exegesi idem mox intelligetur.

3. Est hujus loci Quæstio, quam ad naturam confirmationis pertinentem, prætervehi non licet. Cum tres sint Tutelæ species, Testamentaria, Legitima & Dativa, nec ad Legitimam Confirmatio spectet, novamne speciem Confirmata faciat, an referenda sit ad alterutram duarum. Nihil erret, opinor, qui propriam statuat speciem Confirmatam, quasi mixtam e Testamentaria & Dativa. Cum utriusque, Testatoris & Magistratus, factum in ejus perfectione concurrat: ut tamen, nisi fallor, Magistratus factum magis ad *τὸ τὶ εἶναι*, *ad essentiam*, quam Testatoris pertineat, ut si ad alterutram speciem redigi deberet, potius ad Dativam referri posse videretur. * Rationes sunt hæ; Testamentarius Tutor is demum appellatur, qui jure datus est in testamento, *l. 3. §. 1. de Testam. Tut.* Sed qui confirmantur, ideo magistratus officium requirunt, quia non sunt jure dati, *l. 6. h.t.* Secunda ratio; Tutores testamentarii protinus e Testamento proficiscuntur, & simul ac heres aliquis extiterit, sunt Tutores, *l. 7. h.* Sed confirmatus Tutor fit demum Tutor ex decreto confirmationis a Magistratu interposito, & ante confirmationem non est Tutor, ut docet Modestinus in *l. 13. §. 12. de Excusat. Tut.* ubi tradit, Tutorem ab alio quam a Patre testamento datum, non excusare se, nec ei currere tempus, quo Tutores dati, si nolint esse tutores, excusare se debent, quia *ipso jure non sunt Tutores*, antequam confirmentur. Ex quibus rebus apparet, causam, qua Tutor aliquis immediate constituitur, esse factum Magistratus, hoc est Dationem, ac ita nihil esse potius, quam hunc Tutorem esse Dativum Testamentaria qualitate temperatum.

4. Rubrica meminit etiam Curatorum confirmandorum. Sed in his non obtinet distinctio Causarum, e quibus confirmentur. Omnis enim Curator Testamento non jure datur, etsi a Patre datus sit filio, quem habet in potestate, ideoque generaliter omnes sunt confirmandi, *l. 1. §. ult. h. t.* Quod etiam moribus hodiernis sine dubio servatur. Idemque ad ipsos Tutores generaliter productum, eo quod discrimen Tutorum & Curatorum in usu temporum atque Fori penitus obsolevit; Ut jam indistincte Curatores Tutoresque passim a Magistratibus confirmari videamus: idque eo magis ad rem pertinet custodiri, quod nunc omnes Tutores & Curatores jurejurando fidem suam obstringunt, ** quod Justinianus de Curatoribus & Tutoribus, quibus Decreto celebrato committitur Tutela, tradit in *Nov. 72. c. ult. Auth. Quod nunc. C. de Curat. Fur.* Juramentum autem istud aliter, quam a Magistratu, nec solet, nec commode potest exigi. Plane sic usus hominum hac parte invaluit, ut sine confirmatione judiciali, nullus Tutor auctoritatem suam exercere possit, unde confirmatio nostratibus *authorisatio* dicitur: Plane ut omnes quasi Tutores non summo jure dati, sicut antea dictum, considerentur & subjecti sint eidem inquisitioni, qualem ex *l. 8. & seqq. h. t.* commemoravimus. Idque nostris quoque Statutis satis est consentaneum *lib. 1. tit. 7. art. 1.* Exceptis tamen Parentibus utriusque sexus, qui non confirmantur a Magistratibus.

TIT. IV.

De Legitimis Tutoribus.

I. Remissio ad Instit. II. Matres non esse Legitimas Curatrices liberorum. III. An etiam in Legitimis Tutelis inquisitio locum habeat. IV. Collatio Juris hodierni.

DE Legitima Tutela & quatuor ejus Speciebus, totidem titulis in Institutionibus actum non agemus. Sufficit admonuisse, cunctas illas species jure novo aut abolitas, aut in unum esse con-

* Unde haud absurda est sententia affirmantium, omnem tutelam hodie certo modo esse dativam, licet magistratus commendationem testatoris aut legis, absque justa causa haud facile negligat. Ista autem confirmatio publica Imperii lege est sancita *Rec. Imp. de A. 1577. tit. 32. §. 2.* Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testaments-weis verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben, sich der Vormundschafft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen. *Conf.* Leipziger Vormundschaffts-Ordnung §. 2. & 3. j. *O. P. S. E. Nobiss. T. 8. §. 1. p. 68.*

** Non obstringunt sese in Saxonia. vide quæ *infra ad Tit. VII.* hujus libri §. 2. notabuntur.

statas,

flatas, coalescente cum illis & quinta specie, quæ est Matrum & aviarum; de quibus cunctis valet regula, quod gradu primus in Tutela sit primus, * gradu pares in hac quoque sint pares, ** manente unius ex omnibus aptissimi electione, secundum dispositionem Juris communis in *Nov. 118. cap. 5.* Curam non esse Legitimam, nisi olim in furiosis & prodigis, *ad tit. Inst. de Curator.* dictum est.

2. Unde satis constat, Matres quoque non habere Legitimam Curam liberorum puberum, quemadmodum hæc qualitas iis nusquam in Jure tribuitur, sed Tutricum duntaxat, *l. 1. & Auth. subjecta C. Quand. mul. Tut. off.* Quod moribus aliter ubique receptum est, per confusionem Tutelæ atque Curæ, quas iisdem quoque nominibus exprimi novimus, qua de re diximus ad *tit. I. De Curat.* Præter hanc confusionis causam, hæc etiam recte a Gailio profertur, qua tacito adultorum ipsorumque Tutorum Consensu, administratio ad ætatem usque Legitimam continuetur, *2. obs. 46. n. 2.* Quod argumento est, si puberes non consentientes alium petere velint Curatorem, hoc iis non posse negari; quemadmodum ex iis, quæ ad *tit. de Tut. & Curat. dat.* paulo *inferius* dicenda erunt, amplius patebit.

3. Quod etiam de Legitima Tutela ipso jure, sine ullo facto hominis deferenda, dictum *in pr. tit. I. De Legit. agnat. Tut.* in usu fori non videtur esse receptum. Nec enim hodie proximiores semper, neque omnes, qui sunt ejusdem gradus, pariter ad Tutelam vocantur, sed prout Magistratui pupillari visum est, ut scribit ac probat Groenewegius *ad §. ult. Inst. De Cap. Diminut.* Jure Frisico hac de re cautum est hoc modo; ***Si proximi cognati ad Tutelam minus idonei, sive non qualificati deprehendantur, Prætores sive Magistratus, alias personas ad eam rem idoneas constituent & confirmabunt. lib. 1. tit. 7. art. 1.*** Agnoscunt hæc verba Legitimam Tutelam, & Dativam non admittunt, nisi deficientibus idoneis cognatis; Sed arbitrium qualitatis deferunt magistratibus. Sunt, qui jam olim Lege Claudia constitutum tradunt, ut ne omnes Tutelæ Legitimæ ex Lege XII. Tab. immediate deferrentur, sed ut Consules, non servato agnatorum ordine, tutorem ex agnatis maxime idoneum eligere possent, contra quos disputamus in *l. 3. Digress. cap. 4.* tamen etsi non omne circa Legitimos Tutores officium Magistratus cessavisse, quo constaret, utrum satis essent idonei vel secus, *ibidem* concessimus *n. 4. in fin.*

4. Forte nec plus nec minus, quam heic in Statuto nostro, traditur: Magistratus potest alios Tutores constituere, si proximi non sint idonei, Judicium hoc ad illos pertinet. Hinc duæ conclusiones oriuntur. Prima, Magistratus non potest extraneos eligere Tutores, si non desint proximi ad Tutelam *qualificati*, utcunque minus idonei quam forsitan inter extraneos reperiri possint. Secunda, minus evidens, quod inter cognatos arbitrium aptitudinis a judice exerceri possit, adeoque magis idoneus minus apto præferri possit. Cum enim idem articulus det Magistratibus Tutoris constituendi potestatem, *secundum jus Commune*, standum videtur jure civili, quatenus ei hac parte non est derogatum. Fit autem heic mentio ***proximorum cognatorum***, ut hisce deficientibus aut non idoneis, alii constituantur. Ergo si proximi existant satis idonei, nec hi præteriri, nec remotiores cogi posse videntur, ut τὸ plus & minus non variet speciem. Magis tamen est, ut usus & existimatio communis ita ferat, Magistratus optimo pupillorum consulere, & eum, qui e propinquis maxime sit idoneus, eligere atque pupilli rebus præficere posse: Ac ita memini, inter partes nobilissimas placuisse Curiæ, ut agnatus Pontificiæ religionis, in casu, quo alioqui Lege non excludebatur, affini Reformato postponeretur. Etsi & alia ratio in illa causa accederet, quod eorum Mater pupillorum ad secundas Nuptias transiisset, quo casu non Legitimæ, sed Dativæ Tutelæ esse locum, alias probatum est ex *l. 2. in fin. C. Quand. mat. Tut. off.*

* Quæstio hic incidit, an mater vel avia, Avo paterno vel materno præferenda sit, in *Nov. 118. cap. 5.* haud decisa. Ambigue, ut solet, loquitur Imperator. videntur non præferri, verbis: *omnibus* a latere *cognatis quoad tutelam præponuntur:* immo videntur præferri, verbis: *testamentariis solis tutoribus præcedentibus eas.* Optime adeo Ordinatio Tutoria Lipsiensis, civibus lex, aliis sane civitatibus eximium exemplum, §. 4. verbis: ausserhalb des väterlichen Groß-Vaters wenn der vorhanden, und Vormund seyn wolte.

** In Saxonia agnatus cognato, & ex agnatis pari gradu Senior præfertur. v. notata *P. I. p. 49.*

Tit.

Tit. V.

De Tutoribus & Curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent: & qui, & in quibus causis, specialiter dari possint.

I. Summaria Rubricæ expositio. II. Tutoris dationem esse ex Lege speciali, remotis objectionibus. III. An tutor alias quam qui danti subjectus est, dari possit. IV. Cur Magistratus minores cum satisdatione, majores cum inquisitione Tutores dederint. V. Invitos adolescentes non accipere Curatorem, remissive & summatim. VI. De Tutoribus & Curatoribus ad certos actus. VII. De Tutoribus & Curatoribus extraordinariis ad totum patrimonium.

Bimembris est Rubrica. Prima pars de Tutorum & Curatorum datione universa, promittit agere, de qua titulus *Instit.* est de Attiliano Tutore: Altera de utrisque, & eorum datione extraordinaria in casibus certis. Primus hic locus est, quod Tutorum & Curatorum mentio pariter facta sit, etsi ad *tit. de Tutelis* de hac comparatione aliquid occupatum, & aliquoties dictum sit, inter eos hodie nullum esse discrimen. Heic loci primo quod ad jus Civile pertinet, indictum, exponemus. Dein positiones quasdam differentiarum inter Tutores & Curatores, quas nec hodie ab usu esse remotas putemus, collocabimus.

2. Jus dandi Tutores apud Romanos, non fuisse jurisdictionis ordinariæ, sed a speciali Lege pependisse, diximus ad princ. *tit. Inst. de Attil. Tut.* ex *l. 6. §. 2.* & ex *d. pr.* ubi & aliquot objectiones removimus, & verba *§. 4. pro jurisdictione*, interpretati sumus, ut non possent excedere terminos jurisdictionis suæ. Pari modo verba Edicti prætoris in *l. 3. in pr. de Postul. Cujus de ea re jurisdictio fuit*, de Tutelæ & Curæ datione usurpata intelligi debent, nec alia opus est responsione ad *l. 3. §. 2. in fin. Judic. solvi.* Quanquam an Constantinus veterem differentiam Jurisdictionis & potestatis ex Lege speciali venientis, in animo habuerit, cum in *l. 1. C. de off. Præt.* ait: *Prætori defertur hac jurisdictio &c. Tutoris dandi, Curatoris ordinandi &c.* dubito: Magis est, ut omnem Magistratus potestatem, undecunque delatam, promiscue appellet Jurisdictionem. Plus scrupuli habet hæc vulgaris objectio; Quicquid facere potest Legatus proconsulis, id mandari potest; quia Legatus nihil proprium habere dicitur, nisi cum ipsi mandata est jurisdictio, *l. 13. de Off. Proconf. & Leg.* Quod autem mandari potest, id esse jurisdictionis ordinariæ, constat ex *l. 15. eod. tit.* Responsio colligi potest ex eo, quod diximus ad *tit. de Off. Proconf. & Leg.* cujus summa hæc est: Mandatum Proconsulis facere, ut sit Legatus, non ut omnia faciat quæ legatus facere potest, horum enim quædam sunt ex lege speciali, nominatim Tutoris datio, *l. 1. h. t.*

3. Verum quod diximus, verba Legum, quæ Tutorem ajunt *pro jurisdictione* Magistratus dari, hoc velle, quod terminos jurisdictionis suæ excedere non possint, quantum ad pupillos attinet, nihil dubii habet: neque ratio fert, ut de Tutoribus aliud intelligamus. Quare cum magistratus municipales Tutores dare posse dicuntur, merito adjicitur, *sed illum, qui ab eodem municipio vel agro ejusdem municipii est. l. 3. de Tutor. dat. ab his, qui jus dand.* At idem Ulpianus auctor *d. l. 3.* diversam Tutoris & Pupilli hac parte rationem esse, tradit in *l. 10. de Tutel.* Etiam *non municeps*, inquit, *Tutor dari potest, dummodo municipi detur.* Sed hæc varietas in modo potius quam in re ipsa consistit, quem modum explicat Paulus in *l. 24. h. t.* unde liquet, alienum municipem citari Tutorem non pro jurisdictione magistratus municipalis, qui nullo modo actum jurisdictionis exercere potest in alterius municipii civem; sed imperio præsidis totius provinciæ; quod usum habet, quando in eodem municipio non reperiuntur homines idonei ad Tutelam, qua de re latius dictum in *part. 2. Digress. lib. 1. c. 26. n. 2. & sequ.* Aliter Wissenb. *ad tit. de Tut. n. 4.* Hanc rem hodie usum habere, negat * Thomasius in *schol. ad posit. 5. h. t.* quia *vix casus dari queat, quo*

* Non adeo frequens omnino est constitutio tutoris dativi, qui judicis dantis Jurisdictioni non subsit. Circa legitimam vero tutelam sæpius contingere potest, ut agnati sub diversa jurisdictione constituti, ad eam perveniant, quo casu non tantum a judice pupilli apud nos confirmantur, sed &, invito Magistratu, res ac pecunias pupilli in alienam Jurisdictionem transferre prohibentur, rationes quoque in loco administrationis reddere obligati, secundum *Ref. Gr. d. Ann. 1609. gr. 7. 8. Corp. Sax. p. 582.* adde *Rescriptum* Joannis Georgii I. *inter Statut. Lipf. p. 265.*

in eodem municipio nemo ad tutelam sit idoneus. Si inde res pendet, sæpius equidem accidit, ut ad tutelam multo sit aptior aliquis in vicino municipio, quam in eodem, quo pupillus habitat. Sed tamen ideo consilium & circuitum Pauli in *d. l. 24* non exerceri fateor; quia propinqui pupillorum, aut ipsi adolescentes, directe tunc adeunt Præsidem sive Supremam Curiam, quæ hodie jus præsidis habet. Ita ut hæc non jubeat dari, sed ipsa det Tutorem; quia causæ pupillares inde a prima instantia ad Supremas Curias referuntur, ex *l. un. C. Quand. Imp. int. pup.*

4. Cæterum, quare minores Magistratus per Satisdationem, majores per inquisitionem tutores dare soliti sint, quæsitu hoc loco non est indignum, & quamvis ad antiquitatem juris pertinet hæc differentia, ratio tamen nobis hodierni saporis, neque a nostro instituto aliena esse videtur, etsi ipsa differentia nunc obsolevit: cum satisdationes hodie nec a majoribus, neque a minoribus exigi soleant magistratibus. Sed olim ita visum, ut cum majores magistratus, quales Supremæ Curiæ, inquisitione defungerentur, minores, inquam, fidejussores exigere cogerentur. Dicam, mihi quid in mentem venerit. Ita compertum habeo, quibus in rebus Decreto, causæ cognitione, vel potius inquisitione ex officio magistratus opus est, in iis judices Supremæ Curiæ multo diligentius & severius procedere, quam facere solent judices inferiores. Exemplo sit alienatio rerum immobilium, quæ ad pupillos & minores pertinent: Hanc magistratus minores æque causa cognita decretoque permittere & administrare possunt, quam Curiæ Supremæ: ab utrisque fieri debet inquisitio in causas alienationis, an sint necessariæ, nec enim solam utilitatem sufficere, *infra* dicendum erit. Ast in hac dijudicatione, licet præscriptum Legis omnibus sit commune, mirum dictu est, quam multo remissiores sint municipales Judices, quam Curiæ Supremæ; dum illi tralatitias utilitates pro necessitate facillime, Curia ne prægnantissimas quidem utilitatis rationes admittat. Causam hujusce diversitatis ego nullam animadverto; nisi quod inferioribus, quanto dignitas eorum minor est, tanto gravitas etiam severitasque tuendi amplitudinem suam minor, quam Curiis supremis esse consuevit, eaque varietas non tam ex morum hominumve præsentis aut exacti seculi, quam ex reputatione honoris & dignitatis majoris oriri videtur. Cum igitur Romanis eadem esset experientia, consulendum ita putarunt, ut Minoribus imponerent necessitatem exigendi fidejussores, in quorum facultatibus pupilli plus præsidii, quam in diligentia & gravitate inquisitionis, quæ ab illis sperari non posset, habituri videntur. καὶ ταῦτα δὴ μὲν ταῦτα.

5. Est adhuc quæstio hujus Rubricæ, an inviti adolescentes accipiant Curatores, de qua prolixe egimus in *lib. 3. Digress. cap. 15. 16. 17.* nec non *ad tit. I. de Curator. in pr.* quorum hæc est summa. *Prisci Romani adolescentibus, toga virili accepta, quod fere eveniebat anno ætatis decimo quinto, res suas permittebant, dicebanturque* in suam tutelam *venisse. Cura non erat munus publicum, nisi in furiosos & prodigos; ita ut qui e tutela exiisset, Curatori non absque nota ignominiæ subesset. Marcus Philosophus constituit primus, ut cura munus publicum esset, juvenesque minores annis XXV. Curatores petere possent,* non redditis causis, *hoc est, sine dementiæ prodigentiæque nota:* Invitis tamen non dabatur Curator, præterquam in litem, *ut Justinianus docet* in §. 2. Inst. de Curatoribus, *quod cum aliis Juris locis optime consentit. Admonebantur quidem a Tutoribus, ut sibi peterent Curatores,* l. 55. §. 1. ff. de Administr. Tut. *& credi par est, admodum paucos adolescentes e Tutela exisse, quin peterent Curatores,* arg. l. 33. §. 1. ff. eod. tit. *Sed qui ætate maturiores amiserant parentes, si fiduciam sui haberent, sibi permittebantur, nec admoneri quidem dicuntur; cogi certe ullos omnino, res inaudita est,* l. 2. in fin. Qui pet. Tut. vel Curat. *adeoque multos sine Curatoribus egisse adolescentes, satis probat* l. 3. C. de restit. minor. *ubi minores distinguuntur* inter Curatorem habentes & sine Curatione constitutos. *Verum enimvero quod directo jure in eos non statuebatur, ad hoc indirecte sæpe redigebantur. Nec enim judicio poterant contendere, nec debitores suos ad solutionem adigere, nec quicquam alicujus momenti cum aliis actitare poterant, nisi prius Curatores petere in animum induxissent,* l. 2. C. Qui pers. stand. in jud. non hab. l. 7. §. 2. ff. de Minor. *Atque hæc inevitabilis difficultas, qua minores Curatoribus destituti, impliciti sunt, in causa fuit, ut regimen Curatorum in adolescentibus, tanquam ordinarii juris commemoretur:* Et hoc est, quod Alexander, octavus post Marcum Princeps, Minores annis 25. ait, ipsi sibi Curatores, SI RES EORUM EXEGIT, petere debent, *l. 6. C. Qui pet. Tut.* An hæc res moribus hodiernis, omnino aliter se habeat, *inferius paulo* videbimus. Nunc ad alteram Rubri-

Rubricæ partem progrediemur, quæ est, *In quibus causis specialiter Tutores & Curatores dantur.*

6. Ut hunc articulum ordine complectamur, dicemus, Tutoris dationem esse vel ordinariam, vel extraordinariam. Ordinaria, quæ deficiente Testamentaria Legitimaque, datur inde ab initio a Magistratu, ad res personamque pupilli; In Curatoribus eadem hactenus est ratio; Quin ita fere obtinuit, ut Tutores extraordinarii sæpe Curatores appellentur; Ordinantur autem vel ad singulos actus vel ad totam administrationem certis casibus. Qui ad singulos actus dantur, hi sunt Curatores, non Tutores, quia tunc supponitur, extare Tutores; Atqui Tutorem habenti non datur Tutor, *§. 4. l. Qui testam. Tut. l. 2. & l. 14. de Testam. Tut.* cujus rei rationem indagavimus in *lib. 3. Digress. cap. 19.* Excepto actu hereditatis adeundæ, si Tutor ordinarius ei negotio superesse nequeat, aut is appellaverit: Tunc enim Tutor extra ordinem datur, & Curator ad eum actum dari non potest, *l. 17. §. 1. de Appellat.* quoniam ea, quæ solennitate juris constant, actusque Legitimi, qualis est Tutoris datio, *l. 77. de R. J.* Tutoris qualitatem necessario requirunt, *l. 19. de Auctor. Tut.* quia Tutoris ipsum nomen est Legitimum ex Lege XII. tabularum, Cura non est Legis nomen, aut munus; sed a JCtis ad similitudinem Tutelæ paulatim introducta, quemadmodum plenius demonstratum est in *d. lib. 3. Digress. cap. 19.* Ad reliqua negotia singularia, & ad ipsam quoque litem Curatores dari, tralatitium est, *§. ult. I. de Auctorit. Tut. l 3. §. 2. de Tutel. & alibi passim:* quorum tot exempla, quot negotiorum genera, sunt in medio.

7. Quando ad totam administrationem dantur extra ordinem Tutores an Curatores, utrius sint generis, judicium pendet ab illa regula; deturne Tutorem habenti, an non habenti. Tutorem habenti datur his casibus: I. Si quis absit Reipubl. causa; Cum enim hic non desinat esse Tutor, *§. 2. I. de Excus. Tut.* is, qui adjungitur ei, Curator est, *l. 15. h. t.* etsi Tutor *imitamento* vocetur, *l. 12. de Tutel.* Qui datur in locum Tutoris relegati, datur habenti Tutorem, ac ideo Curator est, *l. 28. §. ult. de excusat. Tut.* neque tamen non Tutor appellatur, *l. 4. in fin. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Denique, si Tutor appellaverit, aut absit, eo casu dandum *Tutorem temporarium*, qui tutela fungatur, est in *l. 2. h. t.* cum manifesto datus sit Tutorem habenti, ac ita temporarius ille sit Curator, *l. 15. d. tit.*

8. Casus, quibus ille temporarius vere Tutor est, quippe datus non habenti Tutorem, sunt sequentes. Qui datur in locum Tutoris remoti, *l. 13. §. 10. de Susp. Tut.* in locum excusati, *l. 11. de Testam. Tut.* quamvis & hic improprie Curator dicatur in *l. 2. & l. 10. C. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Qui datur in locum muti & surdi Tutoris, non habenti Tutorem quoque datur, ac ita verus Tutor est, *l. penult. de Tutel.* Tutor datus ei, qui habet Tutorem sub conditione, vel in diem datum, etiam vere Tutor est, *§. 1. Inst. de Attil. Tut. l. 11. pr. de Testam. Tut.* Et quidem si quis sub conditione Tutorem habeat, quia conditio nihil ponit *in esse*, ut vulgo ajunt, non est dubium, quin hic Tutorem non habeat. Sed qui Tutorem ex die certo datum accepit, an is ante diem non habet Tutorem? Atqui ex die certo obligatus, etiam ante diem est obligatus, *§. 2. Inst. de Verb. obl.* Cur adeo Tutor in diem, non statim Tutor intelligitur? Est eadem, ut videtur, ratio, quamobrem Statu liber, cui in diem libertas est data, non magis ante diem est liber, quam qui sub conditione libertatem accepit, *l. 9. & l. 29. de Statu lib.* Obligatio est jus patrimoniale, quod per se consistit, nec immediate pendet a facultate personalis exercitii: Sed libertas & Tutela, sunt jura mere personalia, quæ non habent intellectum, nisi ex functione personæ, qualis ante diem functioni præscriptam nulla esse potest. Supererat expositio; An non moribus hodiernis aliqua remanserit differentia inter Tutelam atque Curam: Sed quia fundamentum differentiæ, quam nos adhuc agnoscimus, est petitio Tutoris & Curatoris, per alium aut ipsos adolescentes facienda, quæ ad sequentem Rubricam pertinet, ibidem illam observationem subjicere, potius videtur.

TIT. VI.

Qui petant Tutores vel Curatores, & ubi petantur.

I. Qui petere tutores jubeantur sub pœna, qui moneantur duntaxat, & pœna matris non petentis. II. Usus ejus rei hodiernus. III. Modus petendi Tutorem judicialis. IV. Curatorem non

nisi ab ipso pubere peti. V. Positiones aliquot inde fluentes, & de usu hodierno. VI. Sequi & inde, quod ad Curam non possint cogi adolescentes.

QVia Magistratus scire non possunt, quibus opus sit Tutoribus dandis, officium petendi Tutores quibusdam commendatur, aliis ex necessitate imponitur. Commendatio dirigitur ad cognatos, adfines, familiares, educatores, & amicos, *l. 2. in pr. in §. 1. h. t.* Necessitas injungitur Matribus & Libertis. Mater non petendo ζημιῦται, *damno adficitur*, Libertus τιμωρεῖται, *corporaliter punitur*, ait Modestinus in *d. l. 2.* Mater enim si non petat Tutorem liberis, vel si petat ὁσίας χάριν, *defunctorie*, sine effectu, amittit successionem liberorum ante pubertatem ab intestato morientium, *d. l. 2. §. 2. l. 3. C. ad SC. Tertull.* Intra quod tempus Tutor petendus sit, ut pœna sit liber, expressum non legitur, sed *confestim* officium facere debet, *d. l. 2. §. 2.* At res loquitur, si ante mortem pupilli facta sit petitio, pœnæ hereditatis amittendæ non esse locum: Morte vero eveniente, quocunque tempore non inveniatur tutor petitus, cadit in commissum; Debet enim *confestim*, ut dictum, petere: quod tamen ita accipiendum, ut non excludatur civile temporis laxamentum, *arg. l. 4. de Vacat. & excus.*

2. Hæc jussio respectu matris jure novo non habet usum, nisi mater ad secunda vota transierit, cum alias sit ipsa tutrix Legitima. Tum vero lex acerbe de matribus præsumit, quasi res & vitam liberorum novis maritis dedere solitæ, *l. 22. §. servi etiam. C. de Administr. Tut.* cujusmodi exemplum flagitiis plenum, habet Livius *lib. 39. cap. 8.* de quo nos egimus in *lib. 3. Digress. cap. 8.* Moribus alicubi certum tempus præfixum legitur, ut duorum mensium in Hollandia quibusdam locis, teste Grotio *lib. 1. cap. 7. n. 21.* Sed pœna amittendæ hereditatis in plerisque Foris abrogata censetur, ut vult Grœnewegius ad *l. 8. C. Qui pet. Tut. vel Cur.* aut negligitur. Apud nos abrogatam esse, nemo dixerit; quia nec verum heic est, quod idem abrogati Juris auctor scribit ad *l. 8. C. Qui dar. Tut.* pœnas legales aliquem jure suo privantes, esse abolitas, ut *alibi* dictum atque dicendum est. Non memini tamen, unquam hujus rigoris exemplum evenisse: Cujusmodi rarior usus aut neglectio, ad abolendum jus non sufficit. Adde Carpzov. II. *Const. 11. def. 15.*

3. Apud nos, Judices pedanei pagorum, vicini & vespillones, jubentur etiam Magistratus facere certiores, sine pœna tamen certa, *1. Stat. 7. art. 3.* Verum propinqui id officii plurimum præstant, atque simul petendi partibus funguntur, quod plerumque per modum voluntariæ jurisdictionis peragitur; etsi Tutoris datio, cum in invitos quoque decernatur, magis sit contentiosæ jurisdictionis. Petens Tutorem, constituit se quasi Impetrantem sive Requirentem, rogatque judicem, ut Titium velit declarare Tutorem hujus aut illius, qui postquam animum suum atque consensum exposuit, Judex negotium in Acta redigit, atque a novo Tutore jusjurandum fidelitatis exigit. Quando autem Testamentarius Tutor in judicio confirmatur, etsi res ad eundem fere modum vulgo peragi soleat, nihil tamen opus erat, duas quasi partes in judicio constitui, cum nemo Testamentarium Tutorem petat; sufficere omnino debet, si Testamentum judici exhibeatur, ejusque nomen & sententia Testamenti, actis inseratur, cum exactione jurisjurandi: Licet, inquam, tritura fori discrimen hoc parum servet.

4. Hæc quidem de Tutoribus. Curatores pro adolescentibus nemo petere cogitur, neque potest petere, *d. l. 2. §. 4. & 5.* Proinde nec mater heic ullam metuit pœnam. *Petendi enim filiis Curatores necessitas matribus imposita non est*, ait Alexander Imp. in *l. 6. C. Qui pet. Tut.* Ad quæ verba Grœnewegius, *Hodie*, inquit, *sicut Tutores, ita & Curatores filiis petendi necessitas matri imposita est.* Quod ut verum sit apud Batavos aliosque simili utentes jure, de nostra aliisque gentibus, quæ jure scripto, si Statuto vel consuetudine indubia non sit abolitum, utuntur, minime secus est quam jure Romano cautum. Ita nos servamus; Pro impuberibus petunt propinqui, & quos diximus alii. Puberes ipsi petunt Tutores. Ipsi ut Impetrantes & Requirentes in judicio collocantur, non mater, aut alii, pro ipsis. Hæc est indubitata nostri juris & moris observatio. Unde fluunt hæ positiones. I. Differentiam inter puberes & impuberes respectu Tutelæ atque Curæ, non omnem esse sublatam. II. Matrem, quæ transit ad secundas nuptias, non cogi liberis suis petere Curatorem. III. Liberos puberes non esse sub Legitima matris cura, sed ipsos petere posse Curatorem. IV. Si pupilli habentes Tutorem, maneant sub ejusdem Cura, id eos sua voluntate facere censeri, ut *supra* ex Gailio. V. Si puberes sub ejusdem, qui Tutelam habuit, Cura manere nolint, alium eos Curatorem

rem petere posse. VI. Tutelam ipso jure, pubertate finiri.

5. Hinc etiam sequebatur; Tutela pubertate finita, novam confirmationem sive dationem a Magistratu esse necessariam, quo pertinet, quod ad *tit. Inst. De Curator. n. 30.* exemplo rei judicatæ de anno 1619. probavimus, olim placuisse Curiæ nostræ, Curatorem, qui fuerat idem Tutor pupillæ, non habere jus prohibendi Nuptias adultæ, quod alioqui jure nostrate Curator habet, quia post finem Tutelæ non fuerat de novo, requirente puella, datus & confirmatus Curator, idemque latius prosecuti sumus *in Auspic. domest. pag. 81. & seqq.* Re tamen ad usum præsentis ævi adnota, non videtur dubitandum, quin apud nos idem, quod de Germania Gailium supra adfirmantem audivimus, obtineat, ut si Tutor manserit in administratione, tempore Curæ, id cum adolescentis *voluntate factum videri, veteremque* Tutelæ dationem sufficere ad auctoritatem Curatoris, statuamus. Quod tamen non obstare, quo minus si pubes velit, alium petere possit; aut Tutor etiam, ubi Curæ tempus attigerit, rationes reddere Curæque se subducere queat, ex ipsa illa datione, non nisi volente minore facienda, colligi potest.

6. Præterea ex eo, quod diximus, Curatorem ab alio quam ab ipso minore peti non posse colligimus id, quod Modestinus scribit in *l. 2. §. 5. h. t.* ex Ulpiano egregio, neminem alium pro minore Curatorem petere posse: Invitis igitur non potest obtrudi Curator, præterquam ad litem, *§. 2. I. de Curat.* vel cum aliud quid majoris momenti agendum est, quod adversarius cum adolescente, propter metum restitutionis in integrum, solo, administrare gravetur, veluti quando solutionem a debitore sibi vult fieri, *l. 7. §. 2. de Minor.* Igitur regula est; non coguntur, nisi in litem, aut rem certam. Ad litem, autem non coguntur ad hunc aut illum accipiendum, sed aliquem in genere; individui electionem ipsi habent: Ergo & regula de non facienda coactione, non de individuo, sed in genere accipienda, alioquin exceptio esset eadem cum regula. Ex quo refellitur eorum sententia, qui minorem cogi ad accipiendum curatorem, non cogi ad hunc aut illum, cavillantur; contra Justiniani clara dicta in *d. §. 2.* Inviti adolescentes curatorem non accipiunt, quod vertit Theophilus ἄκων οὐδεὶς κυρατωρεύεται, *Invitus nemo curationi subest*; aperte non ad personam, sed ad munus Curatoris se referens. Facit huc *l. 11. C. Qui pet. tut. vel curat.* ubi dicitur, puberem non habere personam standi in judicio, secundum *Leg. 2. C. Qui pers. st. in jud. hab.* nisi interposito decreto de venia ætatis, aut curatore dato sive administrandi patrimonii sive litis gratia. Unde liquet, minores & fuisse absque curatoribus haud raro, & cum lis suscipienda erat, ut curator omnino habendus esset, tamen non fuisse coactos eum ad totum accipere patrimonium; sed hunc recusare, petere autem ad litem, quem vellent, poterant. Scil. olim habebat minor personam standi in judicio, ut de M. Cotta Valerius Max. *l. 5. c. 4.*

7. Quapropter, ubi hæc doctrina, quod Curator non nisi petenti atque volenti detur adolescenti, recepta est, ibi & illam consequentiam, quod invito non detur Curator, obtinere necessum est. Quid igitur, an moribus nostris, invitis adolescentibus a Magistratu non datur Curator? Non puto, si frugi sint. Nulla Lex, nec ulla, opinor, consuetudo coactionis facultatem præbet, neque vero exempla juvenum, qui sine Curatoribus egerint, desunt, quod meminerim. Non coguntur equidem a Magistratu; Sed res plerumque eos cogit; quia vix est, ut non incidant aliquando difficultates negotiorum, in quibus Curatore sit opus. Et tamen si quis tam bene compositum habeat Patrimonium, ut sine tricis, sine ambagibus & scrupulis tranquille gubernari possit, nihil in Jure civili, Statutis aut moribus nostris, quo talis adolescens cogatur, extat. Exemplum ea de re dedimus in *prædicto loco Auspiciorum.*

TIT. VII.

De Administratione & Periculo Tutorum & Curatorum, qui gesserint vel non: & de Agentibus vel conveniendis, uno vel pluribus.

I. Præparatoria administrationis 1. Jusjurandum. II. Satisdatio, remissive, *& Inventarii confectio. III. De illius Probibitione. IV. Usus inventarii duplex. V. Post inventarium quid fiat,*

fiat, & summa administrationis. VI. Officium Tutoris in emendis prædiis & pecuniis fænori collocandis. VII. Non teneri tamen in pecuniis mutuo dandis Tutorem ultra mediocrem diligentiam. VIII. De periculo Tutelæ indivisæ. IX. Quid si divisa sit. X. Monitum inde collectum. XI. Quatenus Tutor, qui non administrat, teneatur. XII. De actionibus, quas Tutores movent. XIII. Quæ contra eos moveantur, & quomodo, si plures sint Tutores. XIV. Proprio nomine Tutorem non teneri, nisi id actum sit.

PRæcipua pars & quasi corpus officii Tutorii, est *Administratio*, quam comitatur Auctoritas, & periculum consequitur, quarum prior & posterior est sub hac Rubrica, sequens titulus de Auctoritate. Administratio habet præambulones aliquot, Jusjurandum, Satisdationem, & inventarii confectionem. Jusjurandum a Justiniano est additum Tutoribus duntaxat datis, ut dictum *ad fin. tit. de Tutor. dat. Ab his volumus*, ait Justinianus, *dum celebratur decretum, quod tradit curam ei, qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere, sacrosancta Dei Evangelia tangentem. Nov. 72. cap. ult.* Quod tamen observatur, ex usu magis arbitrario, ita ut videtur, quam vi verborum, uti cautionis potius, quam necessitatis sit, neque non remitti possit a Magistratibus,* aut simplici stipulatione transmitti, ut Faber tradit *lib. 5. C. Tit. 25. def. 2.* & Sandius *2. 9. 10.* Hoc in testamentariis & Legitimis Tutoribus eo facilius admittas, quod in illis ne quidem Justinianus juramentum requirendum putaverit: Etsi enim in tota *Nov. 72.* de cunctis Tutoribus & Curatoribus agatur, tamen hoc *ultimo* in *capite*, ubi de jurejurando, loquitur de Cura, *quæ traditur decreto*, quod de sola honoraria intelligi abscisse, patet ex *supra dictis tit. de Testam. & Legit. Tut.* non obst. *l. ult. §. 1. C. Arbitr. Tut.* etsi paulo aliter D. Wissenb. *th. 3. h.* ac aliter moribus, ut dictum *supra*.

2. Secunda Administrationis Præparatio, est Satisdatio, de qua titulum ad Institutiones habuimus, nec est quod heic suppleamus; quando nec de usu ejus hodierno illic quod res est, monere obliti sumus. Adde sis Wissenbach. *th. 2. hic.* Dicamus de Confectione Inventarii. Esse hoc descriptionem rerum pupillarium, alias & melius Repertorium dictum, ex *l. 7. in pr.* & aliunde constat. Sciendum tamen, ab illo diversam esse descriptionem rerum, quam Magistratus statim a morte patrisfam. fieri curat, indicis & memoriæ causa, quam plerumque sequitur obsignatio custodiæ gratia; ut passim observatur, & cautum est in nostris Statutis, *1. tit. 7. art. 2. ubi;* Facient magistratus, *hoc casu*, mortuo Patrefam. sine liberis, aut fieri *curabunt in continenti per suos commissarios, exactum inventarium de familiæ bonis, eaque jubente necessitate, obsignabunt.* Si nempe Tutores nulli, aut absentes sint, neque tales amici, quibus sine exceptione fidi possit. Unde liquet, hanc descriptionem esse diversam ab Inventario, de quo nos loquimur, utpote, quod ipse Tutor aut Curator facit, secundum quod bona suscipit, rationes secundum idem redditurus, *l. ult. C. Arbit. Tut.* Sed ne duplex Inventarium gravi sumtu fieri necesse sit, usus rei sic fert, ut prior illa Descriptio penitus omittatur, ejusque loco semper & in continenti fiat omnium bonorum obsignatio, exceptis iis, quibus in præsenti carere nequeant. Quæ obsignatio, Tutore dein confirmato & petente, rursus a Magistratu tollitur: qui tum, præsente & profitente, Tutore cognatisque pupillorum, facit inventarium *publice*, ut est in *d. l. ult.* Quod si tutor inventario faciendo supersederit ** & dolus arguatur, removetur cum infamia, & extra ordinem coërcetur, *d. l. ult. §. 1.* teneturque in id quod interest jurejurando in litem æstimandum, *d. l. 7. in pr.* ubi exceptio; nisi id justissima causa interveniente non fecerit.

3. Talis casus est, si pater pupillorum *specialiter inventarium facere prohibuerit, d. l. ult. §. 1.* Qua prohibitione *moribus hodiernis*, nihil est

* Consuetudine Saxoniæ hoc juramentum tutoribus perpetuo remittitur, ubi tantum admonentur officii sui & jurisjurandi Magistratui præstiti, ac stipulata manu promittunt, se pupillorum debitam habituros curam. vid. Leipziger *confirmirte* und wiederholte Vormundschafts-Ordnung *d. An. 1652. §. 9.* verb. So sollen sie, an eines leiblich geschwornen Eides Statt, und bey denen Pflichten, damit sie unserer gnädigsten Herrschaft und uns verwandt und zugethan seyn, mit einem Handschlage gereden, geloben, und zusagen. rc. Leipz. *Statut.* und *Privileg. p. 250.* add. Schilt. *ad ff. Ex. 37. §. 88.*

** Apud nos, sicuti de herede *supra P. I, p. 222.* monitum, ita etiam a tutore specificatio jurata exigitur, si inventarium non fuerit confectum, atque hanc Mater quoque tutrix præstare compellitur. conf. *Dec. El. 21. & 57.* Carpz. *dec. 74. n. 4. seq.*

frequen-

frequentius, tam, quod homines ament ſtatum patrimonii ſui habere occultum, quam quod Magiſtratus eam rem non tam pro ſcopo legis, in ſecuritatem ac utilitatem pupillorum, quam pro jure commodoque officii ſui tractant, ſumptu modicis hereditatibus ſæpe graviori. Quare pro cauſa juſta omittendi Inventarii publici, habetur etiam modicitas patrimonii, quoties Tutorum & amicorum qualitas plenam pupillis ſecuritatem pollicetur; quemadmodum Curiæ noſtræ viſum eſt, ad libellum ſupplicem *Regneri Lollida Paſtoris in Kimſvert, contra Magiſtratum Harlinganum.menſe Martio 1679*. Ubi illa perſonarum qualitas & pupillorum ſecuritas non eſt in conſpectu, a publica Inventarii forma non eſt recedendum. Ideoque ſimilem petitionem Curia negavit, ad libellum *Jacobi Eesges, contra Magiſtratus Staurienſes d. 29. Mart. 1680*. Cæterum, Patris voluntas quomodocunque ſignificata, ad eam rem ſufficit, nec opus teſtamento, aut codicillis, *arg. l. ult. C. de Reb. eor. qui ſub tut. vel Cur.* Adeo ut Curia noſtra Magiſtratibus Harlinganis negaverit officii ſui partes, in hereditate civis ſui & Mercatoris, qui in codice rationum ſuarum ſcripſerat hujusmodi prohibitionem, filioque ſuo majori natu, Advocato & JurisC. eximio *Theotardo Vander SLUYS*, dederat auctoritatem pro liberis minoribus occupandi atque res curandi. *d. 22. Febr. 1681.* Quamvis autem publica Inventarii confectio remiſſa ſit, Tutor ideo ſine deſcriptione res pupillares aggredi non debet; ſed coram propinquis & teſtibus idoneis, indicem rerum fidelem componere debet, ex quo deinceps ratio bonorum conſtare queat, ut docet uſus, & monet D. Schotanus *exam. ad h. t.* Quo ſervato, non opus eſt, ut Magiſtratuum arbitrio committendum putemus, an voluntatem Teſtatoris inventarium prohibentis approbare velit, ut Grœneweg. *ad d. l. ult. §. 1.* aliique ab eo citati volunt.

4. Ex his uſus Inventarii ſatis liquet, in eo præcipue conſiſtens, ut pupillus ſcire poſſit, quid repetendum habeat, utque rationes & reliqua præſtentur; cujus rei tam ſolidum eſt fundamentum in Inventario, ut ſi Tutor deinde præ ſe ferat, errorem eſſe commiſſum in profeſſione facta per inventarium, non audiatur, quo minus *ſecundum vires ejusdem Scripturæ, patrimonium pupilli vel adulti exigatur, d. l. ult. in fin. pr.* Quod tamen cum aliquo civili laxamento accipiendum videtur, ut ſi juſtiſſimi erroris cauſa demonſtretur, neganda non ſit in integrum reſtitutio, ut Gothofredus, Autumnus, & Grœnewegius aliique *ad d. l. ult.* cenſent. Dolo ſane alterius ſi aucta ſit profeſſio, textus ipſe non negat tutori defenſionem; quippe ſuum duntaxat factum excuſare non poteſt. *Neque enim ſic homo ſimplex, imo magis ſtultus*, additum eſt, *invenitur, ut in publico inventario contra ſe aliquid ſcribi patiatur.* Quod ſi Tutor liquido probare poſſit, procul a ſtultitiæ nota ſuum abeſſe lapſum, difficile dictu eſt, hujusmodi officium ipſi eſſe damnoſum: ſi res magni ſit diſcriminis atque momenti. Alius Inventarii uſus indicatur in *l. 57. Chirographis Debitorum incendio exuſtis, aut alio caſu intereuntibus, Tutores ex inventario debitores convenire poſſunt, ad ſolvendam pecuniam, aut novationem faciendam.* Qua de re pridem egimus *ad tit. de Fide Inſtr.* & de *amiſſione eorum, num. 31.* Quibus hoc addemus; ut uſum habeat hæc doctrina, requiri I. ut certo conſtet, inſtrumentum extitiſſe ante incendium, & nunc deſiderari. II. Ne longo tempore poſt incendium actio moveatur. III. Ut Inventarium contineat ſubſtantialia debiti, perſonas debitoris, creditoris, ſummam & cauſam debiti; ſaltem ut de ea quoque conſtet. Nam ſine cauſæ debiti notitia, non dari petitionem, *alias* ſatis dictum eſt. Duo priora deerant in exemplo rei judicatæ, quod in *prædicto loco* retulimus; de inventario facto a Judicibus Stellingwerviæ occidentalis. Adſeſſor Judicii, & duo, qui ut teſtes ſignaverant, inſtrumentum adfuiſſe, cum anno 1668. fieret deſcriptio, teſtabantur. Sed inſtrumentum paulo ante extitiſſe, & in fuga *anno 1672.* periiſſe, haud plene erat probatum, decenniumque inter id tempus & petitionem inſtitutam erat elapſum. Reliqua in loco citato videantur.

5. Confectionem Inventarii aliquando ſequitur Diviſio patrimonii pupillaris ab aliis, quibus eorum res mixtæ ſunt, ſive liberi ſint diverſorum matrimoniorum, ſive a bonis novercæ facienda ſeparatio, vel ab alia communione: Quam ad rem datus Curator, ea peracta curam ſuam deponit, ut alius adminiſtrationem ſuſcipiat. Plerumque iidem ſunt Curatores ab initio. Adminiſtratio porro vel circa perſonas pupillorum atque minorum, vel circa res eorum verſatur. Prima pars non tam momenti, quam præcepti minus prolixi eſt. Scilicet, non alimentis tantum & cultui exhibitionis, *l. 13. §. 2.* ſed etiam morum diſciplinæ proſpiciet Tutor, cum ſua induſtria,

ſtria, tum præceptores idoneos ſeligendo, quibus mercedes non quas minimas poterit, ſed pro facultate patrimonii, & pro dignitate natalium conſtituet, *l. 12. §. 3. h. t.* atque ita eum vel ſtudiis liberalibus, vel artificio neceſſario, ut qualitas ingenii, natalium, & opum ferre videatur, imbuendum curabit. De rebus atque negotiis eſt ſumma regula; Tutorem, quantum ad providentiam adminiſtrationis attinet, loco Domini haberi, *l. 27. h.* Proinde eandem curam in rebus & negotiis pupillaribus, quam bonus paterfamilias ſuis rebus adhibet, præſtare debet, *l. 33. in pr. h. t.* cujus rei enarratio quam late pateat, apparet: a nobis ut declaretur, non expectabitur. An Tutor, pupilli debitoribus ſolvendi tempus prorogare poſſit, quæri ſolet: Nihil eſt facilius. Officium ejus eſt cogere homines ad ſolvendum, *l. 18. C. h. t.* Rationes de non ſolvendo recte pro pupillo, minus tuto contra eum inibit, *l. 28. §. 1. de Pact.* Re tamen exigente, non gratificandi, ſed laxamento civili utendi, quin etiam tranſigendi poteſtas, Tutori deneganda non eſt, *l. 46. §. ult. h. t.* Plane quod alibi de creditore laudatur; Tutorem bene fungi credendum eſt, *ſi non acerbum ſe exactorem, nec contumelioſum præbeat; ſed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum inſtantia humanum; nam inter inſolentiam incurioſam & diligentiam non ambitioſam multum intereſt.* verba ſunt Ulpiani in *l. 33. de Uſur.*

6. Plus inexpectati eſt in his duabus poſitionibus. Prima, Tutor in comparandis prædiis tantum de lata culpa tenetur. Altera, in collocandis fœnori pecuniis, de omni periculo tenetur. Prima theſis eſt in *l. 7. §. competet. 2. h.* Alteram habes in *Authent. Noviſſime. C. h. t.* Apparet utriusque regulæ eandem eſſe rationem, quæ hæc eſt; Quod Juris conditoribus impenſe placeat, pupilli ſubſtantiam in rebus ſoli & bonis conſiſtere duraturis, potius quam in pecunia tranſitoria, multisque obnoxia caſibus. Quanto alioqui unumquodque negotium majoris eſt momenti, ut eſt ſane rerum ſoli emptio, tanto intendi potius diligentia quam remitti merebatur; ſed animandi potius, quam deterrendi hac parte viſi ſunt Tutores: Pecunias vero pupillares adeo diſplicuit uſuris collocare, ut Juſtinianus eas recondi & ſepeliri malit, *Nov. 72. c. 6.* Excepta ſaltem modica pecuniarum quantitate, quatenus ad exhibitionem pupilli neceſſariam requiritur, *cap. ſequ.* Quod ſi Tutor nihilominus pecunias fœnebres exercere velit, fiat hoc, at ſciat, omne periculum ad ſe pertinere, *d. cap. 6. in fin.* conceſſo tamen ipſi hoc caſu bimeſtri ſpatio ad circumagendas mutuandi vices, quod etiam jure Pandectarum fuit indultum, *l. 7. §. 11. h. t.* Sed tunc etiam Tutor ad hoc tenebatur, ut pecunias pupillares nominibus elocaret, alioqui ipſe in uſuras conveniebatur, *l. 58. §. 3. h. l. 3. C. de uſur. pupill.* Hoc jus Pandectarum moribus hodiernis & rationi rectæ convenientius videtur, quam quod jure noviſſimo placuit Juſtiniano, cujus placitis id crebro accidit, ut prudentium approbatio ſæpe magis inclinet ad ea, quæ ipſi improbata veteribusque ſervata ſunt. Atque ita in hoc articulo accidit, manifeſta gentium conſpiratione, ut Tutores pecuniam pupillarem licito lucro ſecundum mores cujusque regionis, fœnori *

* Cum pecuniam pupillarem fœnori collocare, Tutores moribus noſtris & poſſint & debeant, variæ autem inde lites & damna oriantur, optime ſibi & pupillis ſuis conſulunt civitates, qui iſta omnia ſuis ſtatutis ordinant, ut a Lipſienſibus factum eſt *Ord. Tut. §. 22. ſeqq.* in hanc fere ſententiam: Tutores pecunias pupillares conſenſu Judicii Tutorii, & ſi fieri poteſt, interpoſitis ſecuritatibus fœnori collocanto; hoc facto ipſi ſecuri ſunto, niſi major factus latam commiſiſſe Tutores culpam probet; hoc probato ſors a Tutoribus pupillo reſtituitor, uſuræ commodo Tutorii cedunto. Si in pecunia pupillari mutuo danda neglexerit Tutor magiſtratus conſenſum; ſortem & uſuras pupillo reſtituito, niſi juſtam ſe adhibuiſſe diligentiam probare malit, hoc facto, ſortem absque uſuris reddito: Si pluribus pecunia a Tutore mutuo data, factusque inter eos unus fuerit non ſolvendo, pupillus aut idonea nomina cum minus idoneis accipito, aut ſorte a tutore absque uſuris numerata integra contentus eſto. Pecuniam a patre collocatam, ſi tutor conſenſu magiſtratus ſuo loco reliquerit, indemnis eſto, niſi major factus latam tutoris culpam in non exigendo commiſſam probare intendat; quo facto Tutor retentis uſuris ſortem reſtituito. Tutoribus ob priorum mortem, vel alia ex ratione mutatis, poſterior ob geſta a priore non tenetur; heredes prioris, ſi poſterior conſenſu magiſtratus nomina a priore contracta ſuo in loco reliquerit, ſtatim liberator; ſi hæc nomina inde fiant incerta atque inidonea, Tutor poſterior latæ culpæ accuſator, eaque probata ſortem absque uſuris reddito. Pro tutoribus & eorum fide præſumptio militato: Judices ad has cauſas delegati plane non tenentor.

vel

vel in emptionem prædiorum collocare, & si hoc neglexerint, usuras vel id quod interest pupillis refundere teneantur, ut videre licet apud Grot. *Introd. l. 1. part. 9. §. de penningen.* Neostad. *Decis. 51.* JCti Batavi *part. 1. Consil. 117.* Grœneweg. *ad pr. C. h. t.* Andr. Rauchb. *part. 2. Quæst. Jur. 26. n. 7. plures laudat consentientes.* Idemque apud nos, rarissime licet a Jure civili discrepantes, *quotidie servatur.*

7. Hoc Jure præsupposito, nihil est causæ, quemadmodum nec jure Pandectarum fuit, cur Tutores boni Patrisfam. & eadem, qua in suis rebus utuntur, cura diligentiaque defungi nequeant in pecuniis fœneratitiis. Etsi quod plerique Justiniani verba de omni periculo in *Nov. 72. c. 6.* accipienda putant, ut non aliter quam si culpa intervenerit, obtineant; quemadmodum Sandius noster in *lib. 2. tit. 9. def. 14.* & Wissenbachius *tb. 5. b.* vereor ne non potius æquitati, quam juri scripto conveniat. Observari ita per omnia Europæ fora, non est dubium, sed juri antiquo potius & utilitati pupillorum, quam verbis Justiniani id accepto ferendum, non est quod dubitemus. Duplex judicatum habet Sandius *loco prædicto*, quibus hoc addendum habeo; Inclinare judices, ut ne facile Tutoribus officium patiantur esse damnosum, eosque, etsi in genere culpa aliqua non absit, si tamen in hypothesi par factum Tutoris extet in propriis rebus, excusandos putent. Exemplum: Sempronius Curator Titii, pecuniam ejus tutissimo loco sitam apud emptorem, qui sub hypotheca privilegiata nummos libenter retinuisset, exegerat, eandemque apud alium amicum, qui deinde bonis cessit, collocaverat. Titius curatorem Sempronium, debito non soluto, conveniebat, utpote cujus temeritate pecunia optimo loco mota, pessimo reposita erat. A Curia tamen absolutus est, eo maxime, quod eodem tempore quingentos florenos eidem debitori tunc temporis non suspecto credidisset. Facit *l. 1. in pr. de Tut. & rat. l. ut. de C. & D. l. litis. 37. §. 1. Negot. gest.* Ita visum in *causa Michiel Bartous contra Dirk Cornelis. d. 15. Febr. 1642.* Inter eundem Theodorum Cornelii & Gellium Bartoldi, paulo post decisum est, Tutorem, qui unam pupilli obligationem actis insinuari curaverat, alteram neglexerat, omnino teneri ad damnum minori suo luendum, *d. 20. Decemb. 1642.*

8. Sequitur pars secunda tituli, DE PERICULO TUTORUM, *Qui gesserint vel non.* Periculum, etsi communiter casum fortuitum vel solum, vel una cum præstatione culpæ significare solet, heic tamen de culpa sola intelligendum esse, natura negotii, quæ non recipit casus fortuitos, *l. 33. in pr h.* satis ultro dictat. Hoc Periculum in Rubrica bifariam consideratur, vel eorum, qui gesserint, vel qui non gesserint, respectu. Sed primo omnium distinguitur inter Tutelam divisam, & indivisam. Divisio fit vel a testatore; aut judice; vel a tutoribus ipsis; & hoc quidem casu non variat periculum, sed tutela hactenus pro indivisa habetur, *l. 2. C. de divid. Tutel.* Prioribus autem modis factæ divisiones, periculum quoque dividunt, *ut Tutores id invicem non sustineant. d. l. 2.* Proxima distinctio est, utrum omnes, an quidam duntaxat administraverint. Sed hæc differentia ad Tutelam indivisam pertinet. Nam divisione facta, quisque pro sua parte administrat, vel si alius pariter agat, in parte non sua, ut alterius substitutus, agere censendus est, nec ea res ipsum pupillo facit obnoxium. Modo sciant Tutores omnes, etiam qui vel quatenus non administrant, id ab ipsis exigi, ut Administratorem reddant suspectum, si vel male gerat Tutelam, vel facultatibus labatur & fit reliquator, *d. l. 2.* Quod scilicet locum habet, non modo si divisio fiat, sed etiam cum indivisa Tutela uni administratio defertur, *l. 3. §. 2. h. t.* qua de re locus agendi fuit ad *tit. l. de Satisdat Tut.* In quem finem qui non administrant, sive in totum sive pro parte, debent esse observantes & quasi custodes actuum administrantis; Hoc agere debent, ut frequenter eum adeant, rationes ejus inspiciant & sollicite animadvertant, qualiter conversetur. Etenim blandiuntur sibi temere, qui putant Tutorem non teneri, nisi quatenus administrat, *d. l. 3. §. 2.*

9. Quando autem nulla divisio, nisi privatim facta, nec administrator jure constitutus est, omnes tenentur, & singuli in solidum, *d. l. 2. & l. 55. in pr. h. t.* ubi excipitur casus, si pecunia numerata pupilli inter Tutores distributa est, tum nemo eorum tenetur in majorem summam quam accepit. Etiam in cæteris habent beneficium divisionis, quatenus omnes solvendo sunt, *l. 1. §. 10. & sequ. de Tutel. & rat. distrab.* & beneficium ordinis, ut prius qui in culpa est excutiatur, cæteris *periculo tantum substitutis, l. 6. C Arbitr. Tut.* Habent etiam beneficium cedendarum actionum, qua petit is, qui in solidum convenitur, ut actiones pupillo adversus reliquos competentes in se trans-

transferat, *d. l. 6. & d. l. 2.* quo beneficio scil. qui de dolo vel contumacia communi accusatur, caret, *l. 1. §. 14. l. 38. §. ult. h. t.* Non est tamen hoc concessionis beneficium Tutori tam necessarium, quam fidejussoribus. Nam si horum unus solidum solverit, is adversus confidejussores non habet regressum, quia quod solvit non erogavit pro ipsis, sed pro debitore principali, *l. 39. de Fidejussor.* Tutorum autem unus, a quo solidum exactum est, id pro suis contutoribus æque solvit, ac pro se ipso; Ideoque licet omissa fuerit cessio, datur ei tamen utilis negotiorum gestorum actio adversus contutores, *l. 1. §. 13. de Tut. & rat. distrah.*

10. Ex hisce Tutores prudentiam agendi, consilio juris instruere possunt: ut si plures sint Tutores, divisio fiat, quia communio administrationis heic maxime perniciosa est; ut fiat judicialiter, vel administrator unus, aut duo similiter, in judicio constituantur: Ut nec tali casu inutili verecundia quisquam se retardari, quo minus in acta rationesque administrantis inquirat, patiatur. Aut si res non ferat, ut judicialis divisio vel administratio stabiliatur; privata divisio tam brevibus temporum vicibus distinguatur, ut distractio si qua fit, aut negligentia, sine magna difficultate detegi possit; operaque danda est, ut rationes inter eos sæpe communicentur. Nam Divisione nulla judiciali facta; singuli ad rationem universæ administrationis edendam compelli possunt, *d. l. 2. & d. l. 55.*

11. Proinde si administratio a judice delata sit uni, alter ad rationes reddendas compelli non debet; in subsidium vero si non reddiderit collegam suspectum, omnino tenetur. Actum ea de re apud Curiam nostram in tali specie; *Sempronius* V. D. minister & Curator cum alio, confirmatus erat, hac Lege, ut alter administratione fungeretur: Qui sic officium gesserat, ut nullæ rationes extarent, nec heredes ejus ullas reddere possent. Ideoque *alter* conventus ad rationes reddendas, Acta judicii proferebat, in quibus alteri commissa erat administratio. Etsi nec ipse ita satis excusaretur, quod collegam non animadverterat, tamen a petitione reddendi rationes absolutus est; actione Tutelæ quo minus in solidum conveniretur in id quod interesset pupilli, nihil obstabat. In causa *Lubbert Roelofs pro se & in qualit. contra Bernhardum Lemstra cum soc. &c. ante ferias O. S. 1681.*

12. Tertia pars Rubricæ superest, *de agentibus, vel conveniendis uno vel pluribus e Tutoribus.* Periculum Tutorum, proprie cum respectu ad pupillum & actionem ab illo contra Tutorem movendam pertinebat. Hac parte de actionibus, quas officii ratione Tutores instituunt, vel suscipiunt, agitur. Quod ad res in judicium deducendas attinet, circumspecte Tutor agat oportet, ne temere litiget: quo facto ipse damno litis coercebitur, ut juris est, *l. 6. C. h.* atque in Curia nostra servatur. *Tutor ad utilitatem pupilli rem in judicium deducere potest*, ait Paulus in *l. 22. h. t.* in quem finem apud Batavos cautum, ne Tutores incipiant lites, nisi prævio Magistratus decreto: quod si omiserint, victi tenentur ad impensas litis, ut scribit Grotius *1. Introd. c. 14. n. 7.* Groeneweg. *ad l. 6. h. t.* Porro, si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a Contutoribus, vel a Magistratibus, etiam uni agere licitum est,* quia duo simul agere non possunt, habetur in *l. 24. §. 1. h.* idemque est in *Tit. C. Si ex pluribus Tutor. vel Curat. omnes vel unus agere pro minore, vel conveniri possint.* Nomina quoque & actiones ab alio tutore sibi traditas, præsens Tutor suscipere & exequi cogitur, sed absque suo periculo, *l. 34. h. t.* Tutela divisa nemo alius quam de rebus ad suam administrationis partem spectantibus, litem movere potest, *d. l. 2. C. de Divid. Tut. l. 36. h. t.* Finita tutela vel cura, nullas amplius actiones, etsi in administratione perseverent, inferre posse, res ipsa loquitur, & *l. 39. in pr. h. t.*

13. Denique pupillum multo magis defendere debet Tutor; præcipuum enim Tutoris officium est, ne indefensum relinquat pupillum, ait *l. 30. h.* Nec dubium, quin ab uno etiam e pluribus, recte defendatur, *l. 1. C. d. tit. Si ex plur. Tut.* Sed an Creditores habeant electionem, quem velint eligere Tutorem, ut is litem in solidum suscipiat, ambigitur. Affirmatur *ex l. 36. h. t.* idemque illustratur ex *l. 47. §. ult.* suffragante hac ratione, quod divisio fit jurisdictionis, non juris, ex officio Magistratus aut conventione Tutorum instituta, per quam tertio creditori nullum fiat præjudicium, *d. l. 36.* Sed huic sententiæ juris verissimæ, obstat Rescriptum Imperatoris Con-

* Non tamen in Saxon. Electorali, si quidem *O. P. S. Tit. 9. §. 1.* Tutores & Curatores conjunctim actiones pupillorum instituere & suscipere jubet, nisi periculum in mora, aliave justa causa id prohibeat. vid. Mencken. *Disp. Proc. VI. ad d. tit. §. 1. seq.*

stantini

ſtantini: *Si diviſum adminiſtrationis periculum per Provincias ſit, hic tantum omnibus inſinuari convenit & ab ipſis inferri litem, qui in ea Provincia Tutelæ vel Curæ officium ſuſtinent, ne de aliis provinciis defenſores minorum ad Judicia perducantur. l. 2. §. 1. Si ex plur. Tutor.* Reſponſio communis eſt ex Cujacio, hanc Legem loqui tantum de denunciatione ſolenni futuræ litis, quæ olim erat in uſu, quod liqueat ex *l. 1. C.* Theodoſ. *de Denunciat. & edit. Reſcr.* Cujac. *17. obſ. 8.* Gothofred. *ad d. l. 2.* Giphan. *in l. 2. C. de Divid. Tut.* Wiſſenb. *ad h. t. th. 7.* Nos Legem hanc eſſe decerptam ex *d. l. 1. C. Theod.* videmus; ſed inde ſequi, tantum in ea de antiqua & obſoleta litis denunciatione, quæ judicium præcedebat, agi, non videmus. Nam primo Juſtiniani tempore non erat amplius in uſu, ut Cujacius *d. loco* & Jac. Gothofred. ad *d. l. 1.* agnoſcunt; Idem igitur hæc verba de re obſoleta percipi noluit; ſed de eo, quod tunc uſum habebat; quod & verba textus facile ferunt; *inferri litem, ad judicia perducantur &c.* Apparet, ſcopum eſſe Juſtiniani; Ne diviſio adminiſtrationis ſecundum provincias, lite promiſcue illata, confundatur, ſed ut creditores alicujus provinciæ Tutoribus ejusdem ſtationis in jus vocandis ſint contenti: neque diverſæ provinciæ Tutores ad eandem litem ciere poſſint. Sit igitur hæc limitatio veteris doctrinæ, Tutorum diviſio non præjudicat Creditoribus, niſi hactenus, ut hi diverſæ provinciæ Tutores ad idem Forum ne trahant. Verum eſtne creditori neceſſe cunctos ejusdem Provinciæ Tutores vocare ad unam litem; neque ſufficeret unum aut aliquos citari? Certe in *d. l. 2.* ita habetur, *his tantum OMNIBUS inſinuari convenit.* Non cenſeo tamen: hæſerit hoc ex integra Conſtitutione, quæ eſt in Codice Theodoſiano, qua denunciatio præcedens omnibus fieri debebat. Juſtinianus hoc agit in ſuo textu, ut prohibeat, *ne de aliis Provinciis defenſores minorum ad judicia perducantur.* In eadem provincia jus vetus agendi mutare, non fuit conſilium; etſi magis faciendum ſit, ut omnes ejusdem provinciæ vocentur. Igitur colligamus hanc obſervationem in Foro quoque tenendam; Si Tutores per regiones ſive provincias diviſam habeant Tutelam, creditorem, unius provinciæ Tutores convenire debere, habitantes in diverſa provincia resque ibi ſitas adminiſtrantes, non poſſe vocare. Quod ſi non omnes ejus provinciæ vocaverit, etſi hoc fieri ſatius eſt, non ideo tamen eſſe vitioſam citationem, *d. l. 1. C. Si ex plur. Tut. d. l. 36. h. t.*

14. Quicquid autem Tutores egerint pro pupillis, de hoc ipſi proprio nomine conveniri non poſſunt; *Generaliter enim definitum eſt, poſt officium depoſitum omnes actiones, quas Tutor vel Curator ex neceſſitate officii ſubierit, in quendam pupillum vel adultum transferri. l. 26. C. h. t.* nec plane quicquam præjudicii illis ex auctoritate vel conſenſu creatur, *ib. in fin. l. 1. C. Quand. ex fact. Tut.* Adeo ut nec finita, nec durante Cura, ſuo nomine judicati actione convenire poſſint, *l. 4. §. 1. de Re Judic.* etſi pupillus, poſtquam auctore Tutore litem ſuſcepit, hereditate Patris ſe abſtinuerit, tametſi quoque tutor ſatisdederit, *l. 2. pr. & §. 1. h. t.* ſcilicet judicatum ſolvi; Quippe ſublata obligatione principali, tollitur etiam acceſſoria, *l. 15. C. h. t.* Verum ſi contractui alicui ſubſcripſerit ut fidejuſſor, hoc animo, ut ſi pupillus non ſolveret, ipſe teneretur, eo caſu proprio nomine poſt finem quoque Tutelæ conveniri poſſet, *d. l. 15. in pr. l. 67. D. de Procurator.* Sed frequenter uſu venit, ut Tutores atque Curatores in contractibus Tutorio nomine initis, ſubjiciant hanc clauſulam; *ſub hypotheca meorum & pupilli mei bonorum.* aut ita vernacule; *onder verbant van mijn ende in qualiteits Goederen.* An vi talis clauſulæ Tutor ſuo nomine conveniri, & executione rei judicatæ urgeri poſſit, quæritur. Exiſtimavi, ſemper quoties ea ſpecies incidit, tutorem exinde nomine proprio non teneri. Quia quem principalis obligatio non tenet, ad illum acceſſoria, qualis eſt hypothecaria, pertingere non poteſt. *Sed in dubio ſubjecta pignori obligatio interpretationem accipere debet ex principali obligatione;* ut ait in hac ipſa Quæſtione Antonius Faber ad *h. t. C. def. 5.* præſertim, quia talis clauſula, ut ipſe quoque monet, in ſtylum fere Notariorum influit incurioſe. Ipſe adeo ita ſtatuit de tali clauſula; *Obligeant pour ce leurs perſonnes & biens, avec la clauſe de Conſtitut*, id eſt, *ſub obligatione perſonæ & bonorum ſuorum, cum clauſula Conſtituti.* Scil. in illa ſpecie tutor ſe nomine pupilli cum alio correo devinxerat. Quod ſi non tantum in clauſula obligationi obiter ſubjecta, ſed etiam in ipſa obligatione ſuæ perſonæ bonorumque ſuorum meminerit tutor eaque obſtrinxerit, etſi narratio contractus ſit pro pupillis, inde tamen fidejuſſio, vel novatio facilius intelligi poteſt. Ita Curiæ noſtræ viſum in Quæſtione Mutui, quod Curator pro ſuis pupillis acceperat: Verum adjecerat non modo hanc clau-

sulam ordinariam, *Obligans mea & pupillorum bona*, sed etiam in repromissione reddendi pecuniam ita dixerat; *Aenneemende voor my ende in Qualiteit, ook voor myne Erfgenamen.* Etsi Cura jam finita esset, rationibus tamen necdum approbatis, de quibus litigabatur, ipse proprio nomine condemnatus est, *in causa Petronellæ de Velsen, contra Onufrium Beintema van der Meulen, &c. anteferiat O. S. 1681.* Si rationes comprobatæ ac ibi mutuum illud acceptatum fuisset, non nisi subsidiaria in ipsum actio competiisset.

Verum & hoc sæpe quæsitum est; Si quando super rationibus disceptatur, uter interim sit conveniendus, tutor an pupillus. Dicendum, Neuter; si tutor se nomine proprio non obligaverit; nam pupillus quamobrem hoc casu non teneatur, videbimus *ad tit. Quand. ex fact. Tut vel Cur.* Hæc ita de tutoribus dicta, de Curatoribus æque per omnia intelliguntur, nisi quod horum in mere personalibus, ut sunt Nuptiæ, cesset officium. Verum heic de patrimonialibus actum. Illud discrimen alibi declaratum est.

TIT. VIII.

De Auctoritate & Consensu Tutorum & Curatorum.

I. De voce auctoritatis. Remissio, *& quis auctoretur. II. De consensu Curatoris, & usus rei. III. Si minores se obligare velint, quid juris.*

AUctor ab augendo dictus, significat eum, qui alium *auget*, instruit consilio, vel jure aliquo. Unde Auctoritas Actum, ejusmodi consilio & jure aliquem augendi, instruendi. Hinc notissimo sensu Auctorem alicui esse *pro suadere*. Auctoritas suadendi, opposita potestati jubendi, Tacit. *Germ. c. 11.* Auctor Juris, venditor, & omnis, a quo jus ad alios transiit, *l. 4. §. ult. l. 52. §. ult. de Act. Empt.* Auctor Judex, a quo nobis addicta res est, *l. 137. de R. J.* Hinc auctoritas Senatus erga populum, quando Senatus probabat, ut aliquid populo proponeretur, Liv. *1. c. 17.* Postea princeps auctor Senatui juris condendi, *l. 32. de donat. int. vir. & ux.* & *passim.* id est, non modo suasor, sed etiam dictator & dux agendi, ut Tacitus, *Idem suasor auctorque consilii ero 3. Histor. 2.* Hoc modo tutor est auctor pupillo, i. e. dux suasor, & approbator. Totum de Auctoritate locum, apud *Institutiones* absolvimus. Adde, si plures sint Tutores, sufficit unius autoritas, *l. 4. b.* adeo ut honorarius tutor, & qui notitiæ causa datus est, recte adhibeatur, *l. 14. §. 1. 5. 6. de Solut. l. 49. de acq. her.* addetur exceptio in *d. §. 1.* nisi interdicta sit ipsis administratio, quales & in *d. l. 4.* intelligi possunt his verbis, *quibus administratio tutelæ concessa non est*, & tum nihil erit pugnæ inter *d. l. 4. & l. 14. §. 1.* Quod si tutela sit divisa, singuli pro suis partibus auctorari debent; nisi cum aliquid agitur, unde resolutio actionis tutelæ, & liberatio tutoris secutura sit, *l. ult. h. t. & l. ult. C. de Auct. Præst.*

2. Curator cum adulto tam valide non concurrit. Dicitur ei consentire, non auctorari. Hinc in Rubrica de *Auctoritate* tutorum & *Consensu* Curatorum: quod etiam ita in *l. 26. in fin. C. de Administr. Tut.* Moribus hodiernis, ut differentia Tutorum & Curatorum, ita discrimen auctoritatis & consensus non observatur. Imo auctoritatis usus admodum rarus esse videtur. Primo enim infantibus, qui non intelligunt quod agunt, auctorities ne jure civili quidem applicari potest, *l. 1. §. 2. de Administr. Tut. l. 9. de Acquir. hered. l. 32. §. 2. de Acquir. poss. l. 3. C. eod. tit.* Et cum eodem jure civili Tutor etiam pro majoribus infantia occupare, & sine auctoritate, id est approbatione ejus, quod pupillus gessit, ipse totus & solus agere possit, *d. l. 1. §. 2.* usu rerum hominumque ita semper fieri videmus. ‡ Imo Curatores idem in rebus puberum continuare solent, nec nisi plenæ pubertatis annos egressos, rebus majoris momenti admovere solent. In modicis & quotidianis negotiis Tutorum & Curatorum subsequens Consensus loco auctoritatis, quam Leges in ipso negotii tractu requirunt, usurpantur. In ipsis quoque judiciis vix unquam Tutores aut Curatores ut Auctores, pupillorum nominibus apponi

‡ Quod olim jam constitutum est, ut, si plures sunt tutores, omnes atque singuli pupillorum nomine agant atque respondeant, nisi forte divisis officiis, aut unus alterve ad certas causas sit ordinatus, quo casu etiam singuli recte se judicio sistunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 9. §. 2.* Cæterum tutores & curatores absque pupillorum suorum & minorum consensu omnes actus specialis mandati expediunt, actores etiam constituunt, absque minorum subscriptione, licet hi forte a majori ætate proxime absint: actoria tamen ejusmodi, tutore mortuo, aut tutela alias finita, statim exspirant. *d. Tit. §. 3.*

videmus.

videmus. Sed ipsi in qualitate Tutorum soli movent litem, soli ad finem usque prosequuntur. Nec tamen est abolitum auctoritatis institutum. Ipse meæ Curæ commissos liti quidem movendæ admovi, ut illorum nominibus in fronte præpositis, meum ut Auctoris adjicerem, quod perinde visum, ac si pro minore occupassem & solus egissem, ut de infantia majoribus *dicta Lex 1. §. 2.* docet. Fit hoc autem, ut minoris aut pupilli persona adhibeatur, quando Tutor invidiam litis motæ primo auditu vult amoliri: Mos ordinarius, ut dictum, est, ut Curator agat pro minoribus, æque ac Tutor pro pupillis.

3. Verum est interim, pupillos & minores, fine Tutorum auctoritate, vel Curatorum consensu nihil agere posse, nec eos civiliter obligari, duntaxat obligationem, manente Cura, nullum habere effectum, quemadmodum verior juris civilis tenet sententia, quam exposuimus *ad Inst. pag. 302.* & ad *tit. ff. de Minor. pag. 683.* secundum quam, Contractus minorum fine consensu Curatorum, subtilitate juris valent quidem, sed Cura impedit omnem effectum. Et ideo si Cura finita, quod minor promiserat, tam major factus constituerit, hoc valebit, si aliter Statutis aut moribus specialiter non sit receptum; quod non valeret, si contractus esset ipso jure nullus, ut docet Sandius *lib. 3. tit. 1. def. 1.* In hoc igitur Curatorum consensus adhuc dum elucet, quod si minores aliquid agere, contrahere velint, hunc eos implorare oporteat. An Curatores cogi possint, ut consensum adhibeant? Non posse Tutorem cogi ad auctoritatem interponendam, respondet Paulus; quia si non expedit, iniquum est; si expedit, supervacuum: quia pupillus Tutelæ judicio id quod interest habere potest, *l. 17. h.* Hanc Legem esse abrogandam, censent Autumnus & Grœnewegius. Tu ita, censeo, dicas; In Tutela nullam esse causam abrogandi; Lex tutorem habet loco Patris & Domini, *l. 27. de Administr. Tut.* cogere dominos ad res agendas incivile est, nec in universum pupillis utile, cum ipsi tam valide de rebus agendis judicare nequeant, alios habere Tutorum coactores. De consensu vero Curatorum Paulus ipse non loquitur. Nec adeo dubitandum, quin si minor contractum aliquem vere sibi utilissimum inire velit, cui Curator consentire nolit, Magistratus officium implorare possit, ita quemadmodum de feminis respectu Curæ maritalis, diximus *ad Tit. de Tut. n. 15.* Reliqua de Tutorum auctoritate petesis ex *tit. prædicto Institut.*

Tit. IX.

Quando ex facto Tutoris vel Curatoris, minores agere vel conveniri possint.

I. Exegesis Rubricæ. II. Quid juris, si post finitam curam creditores agant, an pupillos conveniri possint.

Nota est Regula Juris civilis; ***Alii per alium non acquiri obligationem***, *l. 38. §. 17. & l. 45. de V. O.* Notæ sunt etiam exceptiones, de quibus actum ad *Inst. tit. de Inutil. stipul. pag. 302.* Est & hæc una earum exceptionum, quibus alius alii obligationem quærere potest: Quod ex contractu tutorum, etiam ubi proprio nomine, sed pecunia pupillorum contraxerunt, actio datur pupillis utilis; velut si tutor vel curator pecuniam minoris credidit, & sibi illam reddi stipulatus est, vel si quam rem pecunia pupilli emerit, eam rem pupillus vindicare potest, *l. 2. h. & l. 2. C. h. t.* quod aliis non licet, nisi militibus, *l. 6. l. 8. C. de R. V.* cujus rei usum explicat D. Schotan. *exam. ad h. t.* Vicissim ex tutorum contractibus pupilli tenentur, nisi quatenus dolum admisit tutor, tunc enim non tenentur pupilli, nisi quatenus sunt locupletiores, *l. 3. h. d. l. 2. 3. & 4. C. h. t.* Non tenentur etiam ex Mutuo a tutore vel Curatore nomine ipsorum contracto, si pecuniæ in res eorum versæ non sint; hoc enim requiritur in *l. 3. C. Si ex fact. Tut. vel Cur. l. 2. C. de Cur. fur.* Quod si ex rationibus redditis constet, pecuniam non esse versam in utilitatem pupilli, actio in hunc nulla datur, *arg. dd. ll.* Et hoc quidem indubitatum, sicut etiam, durante Cura ipsum in qualitate sua tutorem conveniri.

2. Sed est difficultas, quid facto opus, si post finitam tutelam de rationibus ambigatur & discrepetur, quod aliquando pluribus annis continuatur. Tutor finita tutela non tenetur, ut probatum ex *l. 1. C. h. t. l. 25. C. de Administr. Tut.* pupilli non tenentur, nisi in rem eorum sit versum, *d. l. 3. & d. l. 2.* Et hoc rationibus non approbatis,

tis, liquere non potest: Utique si pupilli negent, tutori opus fuisse pecunia mutuo sumpta; satis eum de suis habuisse nummis, quo necessitatibus Curæ satisfaceret. Si creditor hoc refellere nequeat, pupillos vel adultos ad solvendum cogere non potest. Atque idcirco in nostra curia semper, quod ego meminerim, Creditores illi repulsam tulerunt ad tempus, *voor als noch.* Quid vero si creditores probent, ipsos illos nummos a se creditos in rem pupillorum minorumve fuisse conversos, nonne tum satis quod desideratur, probasse videntur? Ne hoc quidem sufficere, nostra Curia sæpe judicavit, nominatim *in causa Johannis Staphorstii cum sociis, contra Ynse Jacobs cum soc.* ante ferias Natal. 1680. & deinceps contra reos prænobiles, quorum Curator foro cesserat, & de rationibus disceptabatur: etsi Creditores probabant, de suis pecuniis soluta esse alimenta pupillorum, mercedes præceptorum, & id genus alia maxime necessaria. Idem rursus ad libellum supplicem *Theotardi vander Leely, contra Remigiam Hoytema*, quæ Curatori cuidam ducentos aureos crediderat eosque probabat esse conversos ad usus necessarios pupillorum; Pecunia relata erat in accepta; Sumptus illi necessarii inter expensa. Tamen quia Curator rationes nondum approbaverat, ut minime constaret, an non ex propriis pupillorum pecuniis, quas intervertisset, illi sumptus prorogari potuissent, Curia rescripsit, exceptione supersedendum esse, donec rationes excussæ forent. *d. 25. Novemb. 1681.* Quod tam ratio, quam utilitas manifesta pupillorum exigit; quia non potest dici pecunia in rem eorum esse versa, quæ plane pro illis, nummis ipsorum non deficientibus, impendi non debuit: Neque tam corpora nummorum, quam *crediti causa, secundum juris* rationem est consideranda.

Tit. X.

De Suspectis Tutoribus.

I. Remissio ad Inst. & usus hodiernus. II. De modis finiendi Curam, A. Ætas 25. annorum. III. B. Venia ætatis. IV. C. Quatenus hæc filiisfam. concedatur. V. Matrimonio. VI. De aliis quibusdam modis, ubi & de Pacto. VII. Finita Tutela quid fiat.

AGnoscit Lector eandem, quæ fuit apud Institutiones, Rubricam, ibi plena manu expositam. Ut heic eam sicco pede transilire liceret, nisi de modis finiendi Curam, qui in Pandectis alium locum non habent, dicendum quid superesset. De usu Accusationis suspecti, statim a *princ. d. tit. Inst.* diximus, hoc tamen addendo; Non esse quod jus accusandi Tutorem Suspectum omnino abolitum statuamus, nec adeo prohibitum iri, si quis hoc pietatis officium erga pupillos occupare velit: Nisi quod mollior via exigendi rationes, quæ nunc ante finem tutelæ sæpe redduntur, eligi solet, aut delationis ad Procuratorem Generalem, qui tum ex officio peragit accusationem, sive ordinario Processu, sive causa extra ordinem cognita, cujus ordo colligi potest ex hac sententia Curiæ nostræ, cujus summam Lectoris cum venia subjiciam. *Quia Curia patuit ex accusatione Procuratoris Generalis, ejusdemque informationibus præparatoriis, & ex relatione Commissarii Actisque & Rationibus coram illo productis, & confessione partium in Recessu Curiæ factis*, Lucium Titium & Cajum Sempronium, nullo modo qualificatos *esse ad continuandum in Curatione* Nannii Petri, *Curia prædictos Titium & Sempronium ut suspectos removit, iisque injungit ab administratione bonorum Nannii Petri abstinere; Condemnat eos, intra mensem restituere quingentos & undecim florenos de minoris sui pecuniis aversos: sub pœna carceris. Porro jubet Curia hoc decretum in Auditorio Publico tam Curiæ quam Judicis inferioris, recitari. Ita post citationem præviam publicatum d. X. Novemb. 1674.* Videmus in hac sententia nullam infamiæ nec ullam doli mentionem fieri: pro clementia horum temporum, non facile infamiam hominibus irrogantium, de qua diximus *ad tit. de his, qui infam. not. in fin.* Quandoque, nullo etiam deferente, Præses ex officio idem agere potest. Sic cum in lite apud Curiam duo Curatores diversorum ejusdem pupilli patrimoniorum, sibi invicem fraudes & inertiam objecissent, ac etiam probassent, singuli videlicet toti inhiantes Curæ, Procuratori Generali injunctum est, ut ambos accusaret, *d. 9. Decembris 1681.*

2. Quibus modis tutela finiatur, habuimus ad *Institut.* in quibus hac de re est titulus singularis: nec quod ibi indictum, memorabile quicquam occurrit. Modi, quibus Cura finitur, nec ibi, nec usquam uno loco traduntur; non est alius commo-

commodior, quam hic locus de illis agendi. Primus igitur modus, quo CURA finitur, est ætas 25. annorum, quo virilem vigorem impleri constat, *l. 1. de Minor.* Idque ipso jure, sine ullo Judicis decreto, tametsi Curator rationes nec dum reddiderit, *d. l. 1.* Quod & Curiæ nostræ visum in hujusmodi causa; Titia heres instituta erat sub conditione exheredationis, si absque consensu Sempronii Curatoris sui, nupsisset. Post impletos 25. anuos ætatis, nupserat sine consensu Sempronii. Cum hereditatem e manu Sempronii peteret, & hic clausulam exheredationis, quasi impleta conditione, objiceret, condemnatus est, nulla ratione habita factorum, quæ hinc inde jactabantur, eo solo, quod Sempronius tempore nuptiarum Curator esse desiisset: etsi nec conditio illa, si maxime ante impletam ætatem nupsisset, Legibus erat conveniens, *l. 72. §. 4. de Cond. & Demonstr. l. 134. pr. de V. O.* Ita in causa *G. B. cum soc. contra Corneliam Rosema, ante ferias Natal. 1679.*

3. Secundo finitur Cura per veniam ætatis, quæ concedi potest adolescentibus 20. annorum, Puellis, octodecim natis annos; si hæ, licet absentes, per quinque testes, illi per tres, industriam & frugalitatem suam probaverint, *l. 1. §. ult. de Minor. t. tit. C. de His, qui ven. æt. impetr.* Est hoc jus penes Principem, *d. l. 1. §. ult. l. 1. & l. 2. d. tit.* quia Magistratus potestatem excedit, cum is sit minister, non dispensator Legum. Sed apud nos a Curia Suprema exercetur, non quatenus est Judicum Consessus; sed quia habet reliquias Principalis fastigii, cujus olim omnem habuit administrationem. In Hollandia hæc venia ab Ordinibus, qui jus Principis habent, impetranda est: qui per modum gratiæ indulgent hoc jus aliquando minoribus annis 20, quod Principes Romani sibi aliisque non indulgent, *dd. ll.* Neque Curia nostra, ne gravissimis quidem causis, etsi minor uxorem duxerit, mercaturam exerceat, munus publicum gerat, ut sæpe recordor usu venisse. In tantum, ut cum petitori triduum a viginti annis deesset, venia tantisper dilata sit, quod accidit *d. 8. Novembr. 1681.* Methodus alioqui facilis est; Adolescens petit a Curia per libellum supplicem *Commissarium*, qui in ætatem moresque supplicantis inquirat, item an Curator consentiat, vel justam habeat contradicendi causam: Sæpe enim invito illo venia conceditur: non æque si petitor sit filiusfam. quia prius est emancipandus, quod non nisi a volente patre fieri, notum, & dictum est alias.

4. Fert ita Curiæ stylus, ut non nisi prævia emancipatione, venia ætatis detur filiofam. Tu dices; separatæ res sunt, venia ætatis & Patria potestas. Nam venia nihil dat, quam quod ætas ipsa 25. annorum dabit, quorum jus venia repræsentat. Atqui filius annis 25. major, non solvitur patria potestate. Quare si ætas 25. annorum & patria potestas simul constare possunt, cur venia ætatis cum illa conciliari nequeat? Ratio est, quia venia non simpliciter repræsentat jus perfectæ ætatis, sed tribuit administrationem bonorum suorum filio, quod patria potestas complectitur. Irritum igitur esset veniæ decretum, quia Patri suum jus auferri non potest. Quæsitum est, an filiusfam. cujus Pater uxorem, quæ mater erat filii, malitiose deseruerat, quæ & alii nupserat, veniam ætatis impetrare posset, cum patre absente emancipari nequiret. Primo visum est non posse, ad libellum *Isaaci de Goos d. 12. Nov. 1681.* Biduo tamen post concessa fuit, secundis curis, hac ratione, quod Pater injustam divortii causam præbens, usufructu bonorum filialium & administratione privatur, atque ipse monasterio, deprehensus, includitur, *Nov. 134. c. 11.* Quæ res, etsi Patriam potestatem non tollat, tamen ad veniam ætatis filio dandam sufficit; quia patria potestas, ut diximus, cum venia ætatis bene potest consistere, modo Pater non habeat jus in bona filii administranda, quod hic deficiebat. Ex quo tamen non sequitur, si patri administratio certorum bonorum filio relictorum, a testatore prohibita sit, veniam ætatis sine emancipatione posse concedi; quoniam hæc non ad certa, verum ad omnia bona, præsentia & futura pertinet. Modus, secundum quem venia in Hollandia petitur, expositus est a Grœneweg. *ad l. 2. C. d. tit.* Petitur autem & conceditur hæc venia ætatis frequentissime. Quæ res occasionem quibusdam populis dedisse videtur, ut in universum viginti annos aut unum & viginti, statuerent ætatem esse legitimam, ut tunc etiam res immobiles alienare possint, quod alioqni facere non possunt, qui veniam consecuti sunt, *l. ult. C. d. tit.* & jam diximus *ad tit. de Minor. n. 11.* In locis hodie, quibus summa potestas per se dat veniam ætatis, hæc facultas alienandi res soli plerumque adjicitur, licet Imperator Romanus id facere solitus non sit, uti nec apud nos unquam sit, nec fieri posse videtur, per *d. l. ult.*

5. Tertius modus finiendi Curam, est matrimonium Puellæ; non per se, verum per consequentiam,

quentiam, si veniat in manum mariti, jure veteri; moribus hodiernis, quia vir est Curator uxoris, ideoque cessat hic modus, si vir ipse adhuc in Cura sit: ut dictum *ad Tit. de Tutelis*. Adolescens per matrimonium non desinit esse in Cura, nec Jure Communi, nec moribus nostris, aut plerarumque Gentium, ut recte Christinæ. *vol. 2. decis. 132. n. 15.* Etsi de Bataviæ moribus contra testatur Grœneweg. *ad d. l. 2. C. de His, qui ven. at. imp. n. 7.* Vid. Lypæ. *notit. jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Matrimonio.*

6. Quarto, Tutela prodigorum & furiosorum finitur, ubi ad sanam mentem sanosque mores redierint, ut videbimus *ad tit. de Reb. cor. qui sub Tut.* His adde reliquos modos, quibus Tutelam accipere finem, constat *ex d. tit. Inst. Quib. mod. Tut. fin.* excepta scilicet, pubertate. Non est inter eos modos Pactum, ut habuimus ad *præd. tit. Inst. n. 4.* Scilicet Tutor vel curator, qui pactus est, ut alius post certum tempus curam susciperet, ex eo Pacto agere alterumque cogere non potest, ut recte Sandius *lib. 2. tit. 9. def. 4.* At si Magistratus Tutorem curatoremve liberet a Tutela curave curatorio decreto, ut sæpe fit, an id jure fiat, adeoque Tutor ille sic liberatus, omnino liber sit a periculo Tutelæ, non immerito quæritur. De Tutore quidem juris ratio non patitur, ut eum aliter a Magistratu liberari posse statuamus, quam ex causis legibus proditis, quæ certæ & nominatim expressæ sunt, quas habuimus, & habebimus *ad Tit. de Excus.* Magistratus igitur, quoniam est minister Legis, nihilo plus hac parte potest, quam Tutores inter se; Alioqui Lex frustra certas causas nominatim præscriberet, si Tutelæ finis a Magistratus arbitrio penderet. Quia Tutela publici juris est, & certis modis finitur, hinc Senatus censuit, conventionem de finienda Tutela esse inefficacem, ait Sandius *d. def. 4.* Quæ ratio Magistratibus æque convenit. Est hæc res plane supra ministerium Legum: Ideoque Principis opus: & Princeps Romanus in talibus absoluta potestate sua non solet uti: Posse tamen, non negem; Et quia Curia Suprema jure Principis in talibus utitur, hæc idem, ut videtur, decernere posset: Factum id tamen esse, non memini, & est Curia nostra alias dispensationum parcissima. Sed magistratus inferiores, Legum incuria faciliores se præbent; Sic autem de illis est statuendum: Si pupillus ex tali mutatione damnum sit passus, Tutorem, qui ex causa Legibus incognita dimissus & exauctoratus est, non esse liberum, nec ipsum adeo Magistratum a subsidiaria pupilli actione, *arg. §. ult. Inst. de Excusat. Tut.* De Curatore videndum, an non diversa sit ratio: quoniam hic ab adolescente volente petitur. Et quidem, si contentus sit Curatorem suum dimittere aliumque petere, & alius æque idoneus Curam suscipere paratus sit, admitti mutationem a Curia, non est insolens. Sed necessitas muneris publici, quæ ex Legibus oritur, quæ Leges Curæ quoque finiendæ nominatim certos modos præscripserunt, cessare videtur; ut alius Curator eo casu ad Curam suscipiendam cogi non posset, quia publica necessitas ex Legibus oritur. His autem talis delatio Curæ, propter causas legibus non expressas, plane incognita est; Numerum vero causarum excusandi & finiendi, excedere non licet, *neque sententia Senatus neque alia qua adinventione*, ut est in *l. 6. §. 3. de Excusat. Tutel. in simili.* juncta *l. 17. §. 3. in fin. eodem.*

7. Quid alioqui finita Tutela fiat, quomodo pupillo prospiciatur, ad *prædictum tit. Instit. sub fin.* distincte explicatum est, ibique postremo loco scriptum est, Matre secundis Nuptiis a tutela remota, non legitimæ sed dativæ Tutelæ esse locum, ex *Lege 2. C. Quand. mul.* ubi matri partes Tutorem petendi imponuntur, quod & *superius* repetitum est, idque sic invenio judicatum a Curia nostra, apud Nautam, *die 27. Octobr. 1640.* qui addit etiam, Matris petitionem non præscribere Judici, quo minus alium aptiorem eligere possit; quemadmodum illic avo materno, prælatus erat alius externi sanguinis, in causa *Leenert Ritskes cum soc. contra Gerbrich Harmens & Egbertum Dominici.* Plura ad hunc tit. memorabilia non occurrunt. Nam quod de ratione differentiæ laboratur, quamobrem Tutor suspectus ob facultates suas non fiat, heres fiat suspectus ob easdem, parum habet difficultatis, & a nobis expositum est in *lib. 3. Digress. c. pen.* ubi contra Wissenbachii nostri censuram in *Theodorum Græcum & Cujacium*, pro hisce disputavimus.

LIB.

LIB. XXVII.

Tit. I.

De Excusationibus.

I. Remissio & necessitas publica Tutelæ. II. Causæ excusatoriæ. III. Prohibitoriæ. IV. Causæ deponendi veteres Tutelas. V. De modo excusandi positio prima. VI. Secunda & Tertia. VII. Quarta positio de appellatione, & Bachovii explicatio refellitur. VIII. Responsio ad l. 13. h. t. *IX. Resp.* ad l. 16. h. t. *& alias. X. Resp.* ad l. 18. C. h. t.

HUjus quoque Rubricæ materiam, non modo in Prælectionibus ad parallelum *Institut. titulum*, sed etiam in Digressionibus *lib. 3. cap. 20.* exhausimus. Ut heic summaria duntaxat complexio, cum singularibus, si quæ sese offerant, observationibus exhiberi possint. Cum ad omnia munera publica cives cogantur, *l. 1. de Vacat. & excusat.* tum hæc necessitas in Tutelis & Curis maxime a legibus intenditur, adeo ut tametsi quis munerum publicorum immunitate gaudeat, & Tutela sit munus publicum, *pr. Inst. h. t.* tamen sub generali immunitate non contineatur exceptio a Tutelis & Curis, *l. 15. §. 12. & l. 17. §. 3. h. t.* quo sensu accipiendum, quod *in l. 8. §. 1. d. t. de Vacation.* Tutela muneribus civilibus opponitur, non quod Tutela non sit munus civile & publicum; sed quia vacatio munerum civilium non complectitur Tutelas, quoniam ad harum exemtionem requiritur speciale privilegium, *dd. ll.*

2. Causæ vero speciales, quibus Tutela & Cura evitantur, non modo sunt excusatoriæ, sed etiam prohibitoriæ. Priores sunt vel publicæ, vel privatæ, ut hæc sit bimembris divisio. Reliquæ distributiones per quadrigam se præbere videntur. Nam publicæ excusandi causæ sunt *quatuor*, Administratio Fisci, potestas sive major Magistratus, absentia Reipubl. causa, & professio artium. Fiscalis administrationis etiam quatuor articuli ponuntur, Fisci in specie, rei dominicæ, *l. 41. h.* Cura vectigalium, *l. un. C. Ne Tut. vectig. cond.* denique conductio fundi Principalis, *l. ult. C. Qui dari Tut. vel curat.* Hanc ultimam causam moribus utique non observari putem. Nec enim fundi Principalis aut Dominici coloni, plus hac parte quam colonis aliis tribui videmus. Collectores etiam vectigalium, qui jure civili excusantur, *l. 10. C. de Excusat.* his diebus eodem jure non gaudent: Longe enim alia est ratio Collectorum nostratum, quam est exactorum in *d. l. 10.* Sed publicanos excusationem inventuros hodieque, non est dubium; quando & mores eorum a synceritate & fidelitate Tutoria plerumque sunt alieniores, *arg. l. 12. de Publican.* Denique & Artium inprimis quatuor; excusatio admittitur, Grammaticæ, Rhetoricæ, Philosophiæ, Medicinæ, *§. 15. I. h. t. l. 6. §. 13. h. t.* Quanquam jure novo omnes Academici Doctores excusari videntur, *l. 6. C. de Profess. Med.* Privatæ excusationis causæ, sunt etiam *quatuor*, Numerus liberorum trium, quatuor, quinque, juxta *pr. I. h. t.* Numerus Tutelarum trium; Inimicitia, nisi quod capitalis, potius sit causa prohibendi, *l. 3. §. 12. de Suspectis Tut.* Et Impotentia, cujus iterum *quatuor* sunt species, Paupertas, morbus, Senectus, & imperitia Literarum; De quibus omnibus heic prolixius agere, post ea, quæ *ad Instit.* dicta sunt, a proposito alienum foret. Illuc igitur, & ad *Digressiones loco citato*, Lector æquus se remitti patietur.

3. Prohibitiones a Tutela Curaque sunt etiam *quatuor:* Minor ætas, Causa litis, Militia, denique Natura; & hæc bifariam, propter sexum, vel ob vitium. Ratione sexus, mulieres arcentur, matribus ac aviabus exceptis. Vitia sunt quatuor, Dementiæ, Surditatis, Mutorum & Surdorum. Una est causa, quæ tantum a Cura prohibet, Matrimonium. Clericatus partim prohibet, partim excusat. Nempe a legitima Tutela Clerici arcentur, a Testamentaria & dativa exclusi non videntur *per Nov. 123. c. 5.* ibique Cujac. & Rittershus. Hasce causas apud *Instit.* plene expositas, heic summatim recensuisse, uti nunc est, sufficit. Moribus, ex his causis Matrimonium causa prohibitionis esse desiit: Verum & hoc absolvimus ad *Inst. d. tit. num. 16.* Idem de Clericis factum, *n. 18.* Moribus nostris, accessit prohibitionum causis Religio. Quippe Judæus, qui jure Civili non prohibetur esse Tutor non Judæorum, sive impuberum Christianorum, *l. 15. §. 6. h. t.* his diebus & terris prohibetur, teste Zypæo *Notit. Jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Judæi.*

dat. Busio ad *d. l. 15. §. 16.* Quin & Pontificii arcentur a Tutela pupillorum, qui alterum Parentem Reformatæ religionis habuerunt, qua de re extat Edictum Ordd. Generalium *d. 30. August. 1641.*

4. Ad *Instit.* sunt omissæ, nescio qui, causæ ad deponendam veterem Tutelam proditæ: Nam quæ sunt demonstratæ, ad declinandam noviter obiatam pertinent. Veterem Tutelam ob sequentes causas amoliri licet: I. Si quis trans mare absit Reipubl. causa. II. Si quis consilio Principis sit admotus, *l. 11. §. 2. de Minor.* III. Si quis Senator Reipubl. factus sit, *l. 15. §. 3. h.* IV. Si jussu Principis domicilium mutaverit, *l. 12. §. 1.* V. Si valetudinarius Tutor, aut cœcus sit factus, *l. 40. h. t.* Surdus & mutus improprie illic adduntur, quia non tantum iis *permittitur* deponere Tutelam, sed etiam coguntur, *l. 1. §. 2. & 3. de Tutel.* cui accedit, quod auctoritatis incapaces sunt, ex *d. l. 1. §. 2.* Cæteræ causæ supervenientes, adeo non liberant a vetere Tutela Curave, uti ne quidem prosint, quando lite excusationis pendente, nascuntur, *l. 1. §. 8. & l. 28. in pr. h. t.* Debet etiam una ex causis *supra* enumeratis præcise existere; nam plures imperfectæ, licet accumulatæ, pro una non sufficiunt, ut exempli inductione declaratur, *l. 15. §. 11. h. t.*

5. Sequitur modus excusandi, qui diversis positionibus constat. Prima, fieri debet pro tribunali, non per libellos; hoc est, causa cognita, non de plano, *l. 25. h. t.* (de oppositione eorum, quæ pro tribunali atque per libellos fiunt, egimus ad *tit. de Judic. n. 34. Part. II. pag. 716.*) quamvis ad impediendam præscriptionem, recte libellus offeratur, *l. 13. §. 10. h.* Inter quos textus ita nulla contrarietas, monente Wissenbachio nostro *ad h. t. th. 14.* qui recte etiam addit, quod excusatio tanti momenti esse creditur, ut tribunal requirat, inde non sequi, absentem se per Procuratorem excusare non posse; magis enim est, ut possit, *arg. l. 5. de Tutor. & Curat. dat. & l. 19. C. de Administr. Tut. & Cur.* Moribus nostris idem quod ad causæ cognitionem attinet, plerumque sane observatur, ut si quis Tutor datus excusare se velit, si Requirentes se opponant, causæ cognitio adhibeatur: etsi id ita perpetuo non fiat. Sæpe enim per libellos, aut extra ordinem in Recessu, Curiæ, per *Commissarios* de plano expeditur, ut excusantes audiantur & excusatio vel admittatur vel rejiciatur. Ut tamen si *Processus* litis petatur, plane causæ cognitio negari non possit. Quando etiam diversi Tutores dati vel dandi inter se contendunt, etiam quæstionem per libellos absolvi non posse, verum causæ cognitionem & *processum*, qui dicitur, adhibendum Curia nostra censuit *d. 18. Junii 1680.* ad ejusmodi libellum supplicem: etsi nec id negaverim, posse rem adeo facilem & liquidam esse, ut extra ordinem atque de plano, maxime si partes ad *processum* & Tribunal non provocent, expediri queat.

6. Secunda positio ad modum excusandi pertinens, hæc est: Causa excusationis proponi debet intra dies quinquaginta, *l. 13. §. 1. & seqq. h.* Qua de re satis egimus *ad Inst. h. t. n. 13.* Tertia regula: Qui plures habet causas, omnes inde ab initio proponere debet, *d. l. 13. §. 8.* Enimvero potest etiam testari unam solummodo, *ibid. §. 10.* Et, si hanc rejici contigerit, plures intra eosdem quinquaginta dies urgere non prohibetur, *l. 21. §. 1. h. t.* sed quia facile fieri potest, ut de una causa tam diu litigetur, ut quinquaginta dies elabantur, satius est, omnes simul proponere, ut de omnibus pariter disceptetur, *d. l. 13. §. 8.* Atque hæc Judiciorum, in quibus Romani Juris hac parte viget observantia, forique nostri methodo satis consentanea esse videntur.

7. Quarta positio; Tutor, qui excusationem parat, & qui olim statim appellabat, hodie causam prius apud judicem inferiorem proponere debet, eoque rejiciente causam, appellare potest, auctore Marco Cæsare in *l. 1. §. 1. ff. Quand. appell.* Immediate non potest appellari, ut probavimus ad *h. tit. Inst. n. 11. post med.* Sed quia plures reperiuntur textus, in quibus post tempora Marci adhuc mentio fit excusationis per appellationem, quos in *d. th. 1. in fine* collocavimus, res jubet, idque ibi condiximus, ut responsiones ad illos textus suppleamus, idque propter dissentientes, qui verbis *d. l. 1. §. 1.* de Marci Constitutione loquentibus alium sensum addunt: Atqui *verba tam clara sunt*, ut mirum sit, viros summos dissentientes adeo hic torqueri, *Non oportet provocari*, ait textus; sed excusationem *allegandam habet*; expresse per formam præcepti, *& si fuerit repulsus, tunc demum appellare debebit:* manifesti gradus, Excusatio prima- sententia judicis, appellatio. Tandem, ne quid dubitetur, *ante frustra appellatur*, ait; neque enim valet appellatio per saltum facta, & omissis his, qui sunt ex

imo

imo ordine, *c. 21. pr. de Appell.* Bachovius in diversum verba capiens ita rem explicat, cum alibi tum in *coroll. 1. disp. 2. de Action.* Olim non alia quam appellandi via patebat; hodie tutor se primo in judicio excusare potest, idque solet fieri. Tamen & statim si velit, provocare potest, sed appellatio, *pergit*, est frustranea, nihilo plus per eam consequitur tutor, quam si recta via judicem adiisset, cum & in appellatione causas exponere debeat; verum hanc glossam contextus minime fert, *frustra appellatur*, id est, non potest appellari, simpliciter, ut in *pr. d. l. 1. non frustra* appellari dicitur, id est, posse appellari, & in *l. 3. in fin. C. de Tut. qui sat. non ded. Frustra restitui desiderat*, cum actus ipso jure sit irritus, nec locus sit restitutioni. Imo si valeret provocatio, non careret fructu, contra quam Bach. quia tutor fine mora & circuitu exitum causæ haberet, qui nunc duplici instantia eget.

8. Opponuntur Verba Modestini in *l. 13. de Excus. tut.* Tutores *necesse non habent* appellare. Sed hæc accipi debent, ut in *l. 13. §. 12. eod.* Tutor, qui non est jure datus, *necesse non habet* excusari, cum ne possit quidem, nec ipso jure teneatur. Excusationi enim tunc demum fit locus, ubi magistratus tutorem non jure datum confirmare instituit, *l. 16. in fin. eod.* Sic etiam *§. 13. h. t. Inst.* minori *non est opus* excusatione, qui nec potest, cum plane prohibeatur. Item in *l. 24. de Captiv.* Captis in bello civili & a Latronibus postliminium *non esse necessarium*, esse *supervacuum* dicitur, quod tamen prorsus non competere, ipse textus docet. Arbiter *non cogitur* sententiam dicere, cum arbitrium est ipso jure nullum, *l. 32. §. 1. 7. 9. de Recept. qui arb.* quod ibi est *non cogere*, hoc in *§. 6.* est, *vetare debet Prator*. Verba Legis Juliæ, *ne* minor 20. annis judicare *cogatur*, explicat Callistratus, *nemini licere* minorem 20. annis judicem deligere, *l. 14. d. t.* Sic *non necesse habet* tutor appellare, id est, Appellatio olim necessaria, nunc sublata est, nec locum habet amplius.

9. Sed ad *l. 16. h. t.* quid dicemus? *Cum liceat Nigidio a curatione etiam, citra appellationem se excusare.* Licet *citra*, ergo potest per appellationem; at hoc inde non magis sequitur, quam ex *necesse non habet*. Sed particula, *etiam*, videtur ἐπιχώρησιν & concessionem oppositam notare. Bene habet, si oppositionem intelligamus non inter τὸ appellare, & *non* appellare, sed inter tutelam & curam. Nigidius & tutor & curator erat datus; nec tantum a tutela, ait JC. sed etiam a curatione licet excusari; citra appellationem, ut D. Marcus statuit; Proinde signum commatis non debet poni post verbum *Curatione*, sed post voculam ETIAM. Puncta & commata Editorum arbitrio sunt posita, cum in archetypo Florentino non habeantur. Eo sensu, nec *licet*, nec *etiam* obstat. Reliqui textus, quibus utuntur, appellationis meminerunt; sed nihil vetat eos positis terminis inhabilibus accipi, excusatione prius allegata, *l. 4. h. t. l. 39. §. 6. de Admin. tut. l. 2. & pen. de tut. dat. & l. 17. §. 1. de Appell. &c.* Vel appellationis ideo simpliciter fit mentio, quia cum in recenti usu fuisset appellatio directa, neque adhuc prorsus in usu esse desiisset, solitam locutionem post Marcum quoque frequenter retinuerunt, utique ubi de excusatione in genere & non de modo ejus exacto loquebantur. At in *l. 18. C. h. t.* Impp. rescribunt, Tutores appellare, *necesse non habere*, ut in *d. l. 16.* sed addunt, *Quapropter licet non appellasti*, excusare te apud Præsidem *non prohiberis*. Inepte hæc dici videntur, si appellari prorsus nequeat. Sed apparet, supplicantem putasse, a tutela, ut ab aliis muneribus, statim appellandum fuisse, quem scrupulum Impp. eximunt: Non est quod metuas, appellatione omissa te excludi ab excusando, quia appellatio est superflua & frustranea. Aliis persuasum est, constitutionem D. Marci hac parte non fuisse receptam, adeoque recentiores Juris Auctores adhuc directæ appellationis meminisse; D. Wissenb. *disp. 8. Inst. th. 33.* & ad *d. l. 18.* Praxis fori D. Marci ordinem servat, teste Perezio *ad d. tit. C. n. 16.*

Tit. II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat: & de alimentis ei præstandis.

I. Prima pars Rubricæ exponitur. II. An vitricus privigni Tutor esse queat. III. Pars secunda Rubricæ.

HUjus Tituli argumentum, ex usu potius, quam juris ratione profluxit; Erat enim pars administrationis Tutelaris, pupillum alicubi educandum elocare; Sed Romæ Prætores frequentissime adiri sunt soliti, ut constituerent, ubi pupilli alerentur vel morarentur, *l. 1. in pr. h.* Quod cum hodie non fiat, aut rarissime, non est mirum, nunc ad juris rationem reditum, ut hujus rei arbitrium Tutoris administratione comprehendatur. Non tamen adeo absolute, ut si mater aut propinqui a Tutore dissentiant, Magistratus arbitrium implorare nequeant, quem usum hujus jurisdictionis indicat *Lex 1. C. h. t.* Mater omnibus præfertur, nisi vitricum Liberis superinduxit, *d. l. 1. C. h.* Et tamen hoc jus maternum hodiernis moribus tam efficax habetur, ut ne matri quidem ad secundas nuptias transeunti, liberorum educatio adimi soleat, quemadmodum docet experientia & Zypæus *Notit. de secund. Nupt. in fin.* Perez. *ad tit. C. h. in fin.* Si tamen justæ causæ diversum suadeant, neque tutori liberum hujus rei arbitrium ab eadem matre cognatisque permittatur, ad Prætoris officium recurrendum foret, qui tum ex persona, ex conditione, & ex tempore statueret, aliquando etiam præter ipsius patris voluntatem & præscriptum, *d. l. 1. §. 1. D. h.* Atque in omnem eventum non facile apud eos, qui successionem expectant, *d. l. 1. §. 1. & l. 2. C. eod.* qua de re videri possunt, quæ *libro 3. Digressionum cap. 12.* disseruimus.

2. Ubi & hoc, an Vitrici, matre submota, ad tutelam admittantur. Memorantur equidem Vitrici tutores in *l. ult. C. de Contrar. Tut. jud. & l. 32. §. 1. de Adoption.* sed fieri potest, ut tutores fuerint, antequam matres pupillorum iis nuberent; Datos fuisse vitricos, nusquam liquet; nec valde consentaneum est, ut hi, propter quos matres a tutela ejiciuntur, ipsi pupillis præficiantur. At nostro seculo & solo, non convenit tam atrox & funesta in vitricos matresque binubas suspicio, qualis in Jure præfertur, nec ideo a tutela si petantur, hominesque frugi & graves sint cogniti, excluduntur: Etsi in concursu cum aliis, & renitentibus propinquis, facile prætereantur, imo jam electi postponantur, ut apud nos sæpe factum. Proinde sic erit, ut hæc res Magistratuum arbitrio commissa videatur.

3. Porro alimenta decernit Prætor, consulente tutore, *l. 2. §. 2. h.* ita, ut semper aliquid ex reditu, si potis est, supersit, *l. 1. §. ult. & l. 3. §. 3. h.* Si tamen intersit pupilli, statum patrimonii non propagari, tunc eum suo arbitratu tutor frugaliter alet, *l. 2. C. de Alim. pup.* quod moribus hodiernis in universum, & indistincte observatur. Etiam vero in universum illud Ulpiani salubre monitum; dandam esse operam, ut *semper aliquid ex reditu supersit. l. 3. fin. pr. h. t.* Quod non modo tutoribus, sed cuilibet Patrifam. inculcat Aristoteles *2. Oecon.* Τ' *ἀναλώματα μὴ μείζω τῶν προσόδων*, *Impensa ne reditibus sint majores.* Duntaxat unicus as superfit, ut virum celebrem & qui rem fecerat, heredi suo in extremis commendare memini.

Tit. III.

De Tutelæ, & Rationibus Distrahendis, & utili Curationis causa actione.

I. Remissio, & usus Tit. II. Rationum redditio duplex. III. Modus & via reddendi rationes, IV. De rationibus distrahendis actio quæ, & ratio nominis. V. Differentia ejus ab actione Furti.

TRia membra tituli præfert hæc Rubrica; de actione Tutelæ, de Rationibus distrahendis, & de actione Curæ. ‡ De prima & posteriori parte, sat actum *ad tit. Instit. de oblig. ex quas. contr. num. 3. & 4. pag. 341. sequ.* ubi & hoc; Quod jure Civili Rationes non nisi finita Tutela exigi possunt, plerosque in Foro tradere mutatum, ut tutor, quotannis rationes reddere co-

‡ Tutores & curatores, qui, quod juramentum malitiæ & paupertatis nomine egenorum suæ & tutelæ & curæ commendatorum præstare nolint, agere eorum nomine neglexerunt, ob jura pupillorum cæterorumque, qui rebus suis superesse nequeunt, indefensa relicta, tutelæ & curatelæ judicio teneantur. *O. P. S. E. L & B. Tit. 1. §. 11.*

gatur,

gatur, * ficut de Hollandiæ moribus teftatur Grotius *lib. 1. Introd. c. 9. n. 18.* de aliis nos illic & Grœneweg. ad *l. 16. C. de Admin. Tut.* Sed ubi nihil de anno peculiariter ftatutum eft, tenendum id eft, quod jure civili de Cura proditum legimus; *Cum Curatore Pupilli five adolefcentis agi poterit, & fi usque adhuc Cura perfeveret. l. 16. §. 1. h. t.* quod de Tutore fecus eft, in *l. 4. pr. & l. Si Tutor. 9. §. 4. h. t.* Hoc difcrimen Tutorum & Curatorum hodie ceffat, ut reliquæ illorum differentiæ, Tutoresque ad inftar Curatorum hac parte redacti funt. Et fic apud nos obtinet; de annuis rationibus nihil habemus, neque fervantur. Quando vero petuntur rationes a propinquis, vix eft ut negari poffint, neque folent.

2. Videtur autem effe duplex rationum redditio. Una de univerfa adminiftratione, altera de fingulis rebus commiffis & omiffis Tutorum. Atque ad hanc quidem tenentur quilibet Tutores. *Nam in omnibus, quæ fecit Tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præftando dolum & culpam, & quantam in fuis rebus diligentiam. l. 1. in pr. h. t.* Ad priorem tenentur, quibus adminiftratio jure commiffa fuit, & quæ ab iis, quibus adminiftratio non incubuit, exigi non poteft, ut diximus, exemploque rei judicatæ declaravimus, *ad tit. de Adminiftr. tut.* Eft autem hæc pars obligationis, mixtæ naturæ, confiftens in facto & in datione. Factum eft explicatio rationum; Datio confiftit in præftatione reliquorum, quæ de patrimonio deque *acceptis* pupilli fuperfunt, *l. 82. de C. & D.* quod eft verum de Rationum redditione poftrema, quæ fit, quando Tutor officium deponit. Sed quæ perfeverante Cura fiunt rationes hodie, non habent illam mixturam; fed in facto folo confiftunt: Datio & reliquorum præftatio ad finem Tutelæ differtur: quomodo & accipienda fine dubio Sandii expofitio & Decifio, relata in *lib. 2. tit. 9. Def. 12.*

3. Modus reddendi rationes, conftat duabus partibus, *Ut Tutor legendas offerat rationes primum, deinde computandas, d. l. 82.* Hic modus exacte fervatur in Foro. Tutor enim vel Curator rationes publicas redditurus, primo eas exhibet, & coram judice vel arbitrio tradit adverfario, qui promittit, fe intra certum tempus eas *reproducturum*, ut apud nos loquuntur. Hoc ideo fit, ut fciant hi quorum intereft, *quid in quaque ratione fcriptum fit, ut legant, examinent, excipiant, d. l. 82.* An accepta cuncta in iis contineantur; an inter expenfa non fint, quæ induci oporteat. Si quid ejusmodi notabile reperiatur, pars altera non modo rationes reproducit, fed oppofitionem addit, vulgo *Debat*, qua petit acceptis addi, vel expenfis adimi, quod deficere vel fupereffe putat: hoc fi Curatori difpliceat, ab illo refutatur, ideoq; tum concludere folet, ut pars altera condemnetur ad rationes, uti funt, computandas & concludendas, quæ lis prius fententia terminatur. Atque tunc, vel, fi in materia nihil defideretur, ftatim poft reproductionem, fit tranfitus ad computandum; non fimpliciter, fed ita ut *exploretur, imputationes probe an improbe referantur. Accepta recte relata, an non recte. Ut ita res quidem incipiat a facto, definat autem in pecuniam*, non ut eft, *in folle* fimpliciter offerendam; fed poftquam *cautiones & inftrumenta omnia actus fui exhibuerit. d. l. 82.* Si res ad litem veniat, haud raro in longum implicatur atq; producitur; ut eft negotium multis plerumque factis articulisque intricatum.

4. Actio de rationibus diftrahendis, datur adverfus Tutorem, qui rationes improbe compofuit, fubtractis pupilli pecuniis, nec inter accepta relatis, in duplum, *l. 1. §. 19. 21. & ult. h. t.* Origo ejus eft ex Lege XII. Tabularum, *l. 55. §. 1. de Admin. Tut.* Nomen unde fit, varie explicatur. Cujacius *τὸ diftrahere* exponit, *conturbare*, quafi factum Tutoris fit, ut diftractio fumitur in *l. 26. de Liberat. leg.* ubi: *quicquid ex diftractione ad Tutorem pervenerit.* Atqui tum potius hæc actio de rationibus *diftractis*, id eft, conturbatis dicenda fuerat. Nec enim a parte pupilli id agi intelligitur, ut rationes conturbentur. Alii fic; *de diftra-*

* Noftro quoque jure tutores fine difcrimine, five fint teftamentarii, five legitimi, feu dativi, Magiftratui quotannis tenentur rationes reddere. *P. 2. C. El. 11. Ref. Gr. d. Ann. 1609. grav. 6.* quibus rationibus pupilli proximi cognati intereffe non prohibentur, *a.* M. *l. 1. art. 3. d. gr. 6.* verb. jährlichen ohne Unterscheid von allen Tutorn die Rechnung abfordern, dieselbe denen nächsten Freunden übergeben. *Corp. Jur. Sax. pag. 581.* Conf. Leipziger Vormundschaffts-Ordnung *§. 26. sequ.* Excipitur tamen tutor, qui fimul proximus pupilli hæres eft, a quo non quotannis, fed finita demum tutela rationes exiguntur. M. *l. 1. art. 23.* Quam exceptionem in Electorali quoque Saxonia, non obftante Conftitutione Electorali, locum habere, defendit Carp. *ad eand. C. def. 3. & 5.* Berl. *P. 2. Concl. 12. n. 15.* Philipp. *ad Dec. El. 36. Obf. 1.* Diffent. Moller. *ad d. C. n. 8. jung.* Franzk. *ad §. f. I. de Attil. tut. n. 80. fqq.*

bendis seu dirimendis controversiis circa rationes, de pecunia intercepta, ut Struvius *ad h. tit. Ex. 31. n. 67.* Tu vide, ne non appellatio ab intentione actoris petita videatur, quæ est hæc, ut rationes male conceptas rescindat, quomodo *distrahere* sumitur in *§. 1. in fine de Oblig. quæ re contrab.* ubi: *negotium distrahere potius quam contrahere.* Item distrahere, id est, rescindere matrimonium, *in l. 2. de Divort. l. 7. C. de donat. ante Nupt.* Idque Basilici velle videntur, quando actionem de rationibus distrahendis, vocant περὶ τοῦ παρατίθεσθαι τοὺς αὐτοὺς λογισμοὺς, *de rationibus ipsis transponendis atque mutandis, lib. 38. tit. 3.* quo facit etiam melius, quod idem Struvius, *distrahendis* explicat, *dispungendis.* Nec tamen *in d. l. 26.* distractio non ipsam aversionem pecuniæ pupillaris significare videtur.

5. Concurrit hæc actio cum actione Furti, si lucri faciendi animus, ut plerumque solet, adfuerit, *l. 2. §. 1. h. t.* Sed juvat scire differentias inter hanc & furti actionem. 1. Furti actio est mere pœnalis, hæc in duplum, cui res ipsa sive pretium inest, *l. 1. §. 20. h. t.* 2. Actio furti contra singulos datur in solidum, ita ut unius solutio reliquos non liberet, hæc actio contra, *l. 55. §. 4. de Admin. Tut.* 3. Actio furti cum actione Tutelæ concurrit cumulative, utraque effectum habente, *d. l. 1. §. 22. d. l. 2. §. 1.* De rationibus distrahendis, cum Tutelæ actione concurrit elective, ut hæc non modo per illam tollatur, sed etiam Tutelæ actione mota, cesset de rationibus distrahendis, *d. l. 1. §. 21.* Hoc quidam ita accipiunt, quod cesset ratione ejus quod interest, non quod ad pœnam attinet. Analogiæ juris id ita consentaneum esse, constat ex iis, quæ tradita ad *tit. Inst. de Action. n. 40. & seqq.* scil. rei persecutoriam actionem non tollere mixtam, nisi quod ad rem, non quoad pœnam, nec unam actionem tolli per alteram, quatenus in altera plus est. Sed verba textus *in d. §. 21.* hanc analogiam non ferunt. *verba;* In Tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, & ideo, sive Tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, &c. Eadem ratione per condictionem furtivam tollitur hæc actio, quia nihil abest pupillo, *l. 2. §. 1.* Est omnino huic actioni proprium, quod delictum heic sit Tutelæ administratione involutum, *d. l. 55. §. 1. de Admin. Tut.* actionisque Tutelæ hæc quasi accessoria sit actio; ut si ex administratione Tutelæ nihil absit pupillo, quia suum jam consecutus est, actione Tutelæ sublata, ne hæc quidem competat. Huic disputationi hodie non esse locum, satis ex loco generali constat, quod actiones pecuniariæ pœnales jure civili proditæ, his temporibus cessent, ut ad *tit. de Actionibus* dicendum, & sæpe jam prædictum est.

6. Curationis causa quæ dicitur actio in Rubrica, quo respectu utilis appelletur; item, an & quatenus, perseverante Cura detur, satis ad *Inst. loco citato* declaratum est; Item quare nulla de Cura detur actio directa, in *lib. 3. Digress. cap. 19.* Moribus, hanc quoque cessare differentiam, ex eo, quod Tutela & Cura in unam fere consonantiam redactæ sunt, satis intelligitur.

Tit. IV.

De Contraria Tutelæ & utili actione.

I. Expositio Rubricæ. II. An Tutor, qui pro pupillo fidejussit, finita Tutela conveniri possit.

Tutor contra pupillum pro indemnitate sua, actionem habet contrariam, *l. 1. & ult. h.* licet impensæ supra vires pupilli sint factæ, nec non male cesserint, *l. 3. pr. & l. 7. h.* modo sc. justa ex causa sint factæ. Potest hoc judicium vel per modum reconventionis, vel actionis separatæ exerceri, quamvis pupillus nihil moveat, *l. 1. §. 4. l. ult. h.* Etiam de rationibus distrahendis actioni recte opponitur *l. 2. h.*

2. Denique, *si obligaverit se pro pupillo, habet contrariam actionem Tutor, & antequam solvat, ut liberetur. d. l. ult. h.* Hanc legem recte Interpretes accipiunt de Tutore, non qui quoquo modo se pro pupillo obligavit, etiam citra novationem; sed de eo tantum, qui expromisit pro pupillo, novatione facta, & in se translata obligatione, verba sunt Wissenbachii ad *h. t. n. ult.* eademque cum cæteris dicta sunt Cujacii *26. obs. 20.* Docet autem is ipse, Tutorem, qui novatione facta se reum solum pro pupillo constituit, finito officio conveniri posse, exemplo Curatoris Reipubl. de quo id scriptum est in *l. 3. §. in eum. de Administr. rer. ad. Civit. pertin.* Quod si Tutor citra novationem pro pupillo fidejusserit, vel constituerit se soluturum, vel mandaverit, hunc finito tutelæ officio a creditoribus pupilli cum effectu conve-

conveniri posse, negat Cujacius ex *l. 5. Quand. ex fact. Tut. l. 28. de Admin. Tut. l. cum quadam. 26. C. eod.* Ego subsisto. Quin jam contra ex Fabri & Curiæ nostræ sententia scripsisse videmur *ad tit. de Administr. tut. num. 14.* Res est frequentis & magni usus. Diocletianus & Maximianus: *Si non subscripsisti, ut fidejussor, frustra vereris, ne ex ea intercessione, qua signasti ut Curator, conveniri possis. l. 15. C. de Administr. Tut.* Agnoscunt intercessionem a fidejussione distinctam. Ejusmodi intercessio est, quando Tutor se & pupillum obligat in qualitate Tutoris. Hujus intercessionis respectu mater tutrix renunciat Scto Vellejano; Sed tamen hæc cum Tutela finitur, *d. l. 15.* juxta quam scripsimus *in d. tb. 14.* Fidejussio ab illa diversa est, quando Tutor hoc animo in se recipit obligationem pro pupillo, ut si hic non solvat, ipse teneatur, quam esse distinctam a novatione, per quam pupillus plane liberandus esset, doctrina expromissionis, quæ est in *§. Præterea. 3. I. Quib. mod. toll. oblig.* satis indicat; atque talis fidejussio Tutorem, officio quoque finito, facit obnoxium, *d. l. 15.* Ergo non sola novatio sive expromissio, ut vult Cujacius, reddit Tutorem, finita Tutela, creditoribus obnoxium; Etenim cur fidejussio, qua tutor spopondit pro pupillo, non æque eum obliget suo nomine, quam procurator, qui se pro domino obstrinxit, suo nomine tenetur, ratio nulla apparet. Præcipuus Cujacii textus, est in *d. l. 5. Quando ex fact. Tut. vel Curat.* ubi Papinianus; *post mortem furiosi, non dabitur in Curatorem, qui negotia gessit, judicati actio: Non magis quam in Tutores: Si modo nullam ex consensu, post depositum officium novationem factam, & in Curatorem vel Tutorem obligationem esse translatam, constabit.* Ex quibus verbis colligendum videtur, non dari in Tutorem, officio finito, actionem, nisi obligatione per novationem in ipsum, idque post depositam Tutelam, translata. Quod plane esset enorme, ut ne quidem novatione tempore Tutelæ facta, post ejus exitum Tutor teneretur: quod tamen in ipso Curatore Reipubl. a quo Cujacius argumentatur, est indubitatum, *d. l. 5.* Dic igitur, & sic plane res est, Papinianum agere de obligatione tempore Tutelæ simpliciter contracta, ratione officii. Ex hac Tutor, officio finito, conveniri non potest, nisi per novationem deinde specialiter factam. Textus in *l. 26. C. de Admin. Tut.* nihil habet, quam quod Tutor, officio finito, non teneatur. In *l. 28. D. eod. tit.* Tutor cavit pro pupillo, & tamen tutela finita, ex ea cautione non tenetur. Sed cavit, opinor, tanquam Tutor, idque certum est, ac ita post Tutelam teneri desinit. Quod si caverit pro pupillo & pro se, cum obligatione pupilli suorumque bonorum, & pro heredibus suis, etsi nulla novatione facta, fides & ratio non patiuntur, ejusmodi obligationem non esse perpetuam. Non est igitur dicendum, *Legem ult. h. t.* de casu novationis solo accipiendam, de qua neutiquam loquitur; sed de quavis obligatione pro pupillo facta, quæ distincta esset ab obligatione in qualitate Tutoris; sicut obligatio Procuratoris in *l. 67. de Procuratorib.* distincta est ab obligatione qualitatis procuratoriæ. Potest autem Tutor *in d. l. ult.* agere contraria, priusquam solverit, eo quod officium ejus sit finitum, & adolescens ad ipsum ab omni periculo eximendum tenetur: etsi adversus creditorem nihilo magis se movere potest quam fidejussor quivis, ut dictum *ad tit. I. de Fidejussor. n. 10.* Non est igitur causa recedendi ab iis, quæ superius collocata, veritatique legali non minus, quam usui rationali consentanea sunt. Hoc interim servet lector, quod aliqui Tutorem nimis facile e verbis tralatitiis teneri volunt suo nomine, ut *supra* indicavimus, id ex hisce disputatis intelligi, a Jure nimis esse remotum.

3. Quod de contraria Tutelæ actione diximus, ad utilem Curationis causa actionem per omnia transferendum est, *l. 1. §. 2. h.* Uterque usuras pecuniæ amplius expensæ quam acceptæ, tam durante quam finita Tutela, exigere possunt, *l. 3. §. 4.* Cætera textus ipsi dabunt.

Tit. V.

De eo, qui pro Tutore, vel pro Curatore negotia gessit.

I. Qui pro Tutore gerat. II. Cur tam frequens olim hic error. III. Actionis hujus proprietas & sequela, ubi de tacita hypoth.

Pro Tutore negotia gerit, qui cum Tutor non sit, munere Tutoris fungitur, sive se putet esse, sive sciat, non esse Tutorem, *l. 1. §. 1. h.* Imo qui cum sit Tutor, se nescit esse testamento datum, pro tutore tamen gerere dicitur, *l. 3. h.* Huic opponitur is, qui gerit *quasi* Tutor, *§. 5.* ubi vox

vox *quasi* non notat fictionem, sed veritatem, ac si diceres, *tanquam* Tutor; quomodo vocabulum *quasi* frequenter accipi, docet Brissonius *de verb. signific. voce*, *Quasi*. Quamvis & aliter in hac ipsa *l. 1. in pr.*

2. Sed mirum est, quod Ulpianus hanc actionem scribit esse *necessariam*, *quia plerumque incertum sit, utrum quis Tutor, an vero pro Tutore administraverit Tutelam; solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit*, inquit. Atqui tam frequentes & magnos hac parte errores committi, non videor observasse in hominibus & diebus nostris. Imo rarissime & difficillime id evenire videmus, utique per errorem: Quod enim finita Cura nonnulli in administratione perseverant, hodieque ut olim, *l. 33. inf. de Admin. Tut. l. 14. de Tut. & Rat. distr.* vix est ut per errorem fiat. Qui Curatores ad actum divisionis dantur, hos aliquando per suum aliorumque errorem res minorum deinceps administrasse, compertum habeo; nec hi ad hunc titulum non pertinent: Sed rari sunt hoc genus errores. Differentiam inter veterum crebros & rariores nostros errores arbitror esse, quod veteres nullam Magistratuum confirmationem Testamentariis & Legitimis Tutoribus adhibebant: Quod cum hodie fiat & publicis actis inseratur, ea re facilitas errorum hac parte satis occupatur.

3. Officium ejus, qui pro Tutore gerit, est idem, quod veri Tutoris, eandemque praestat diligentiam, *l. pen. h. t.* sed potestas non est eadem; nec enim alienatio ab illo, vel ejus auctoritate facta, eo casu, quo tutor rem vendere potest, valet, *l. 2. h.* Potest enim ante finem Tutelae conveniri, quia Tutor non est, *d. l. 1. §. 5. h. t.* Eadem analogia ipse potest movere contrariam, *l. ult. h.* Non est dubitandum, quin & tacita hypotheca, quae datur pupillis in bona Tutorum & Curatorum, ex *l. 20. C. de Adminis. Tut.* aeque adversus eos, qui pro Tutoribus egerunt, obtineat. Quia quod ad pupilli commodum attinet, per omnia loco veri Tutoris habetur, *d. l. pen. & t. h. tit.* Atque ita consultus respondi aliquando hujus urbis civi, qui cum habuisset Curatorem ad actum divisionis & hic pro Tutore deinceps administrasset, reliquator ultra ter mille sexcentos florenos extiterat. Facto concursu Creditorum, Arbitri etiam Juris periti hunc ultimo loco posuerant, & dimidia parte sui crediti mulctaverant, quasi creditor duntaxat esset personalis; Auctor ei fui, ut rem in judicium deduceret; obtinuitque per sententiam Commissarii Curiae primum locum, & integro suo credito potitus est, ut hypothecarius ratione temporis, ex quo ille pro Curatore gesserat, *inter Creditores Hotsii Mellinga pro Sibrando Mellinga. anno 1679.*

TIT. VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.

QVis est falsus Tutor? Qui se mentitur esse Tutorem, cum sciat non esse, & dolo auctor est contractui inter pupillum & Tertium inito, *l. 1. pr. l. 7. §. 1. h. t.* Atqui pro Tutore dicitur etiam gerere, qui scit se non esse, & falsus est Tutor, *l. 1. §. 1. tit. praeced.* Ergo falsus Tutor bifariam tenetur, pupillo & Tertio, qui cum initus est contractus: Pupillo actione pro tutelae, *d. l. 1.* ubi inter bonam malamque fidem non distinguitur. Utroque casu pupillo in id quod interest tenetur, *d. l. 1. §. 1. l. pen. d. tit.* Haec igitur actio *Quod falso Tutore auctore.* non datur pupillo adversus eum, qui se pro Tutore gessit, etsi hoc Struvius ex *l. ult. h. t.* probat ad *h. t. inf.* Utilis ibi actio non est praecedentis, sed hujus Rubricae, ut detur Tertio, qui se non gessit ut falsum Tutorem, sed responso suo dedit occasionem contractui cum pupillo ineundi, per quem alter est laesus. In hoc Edicto id agitur, ne *contrahentes* decipiantur, *l. 1. in pr. & l. 11. §. 2.* Quo minus sane pupillus rem suam recuperare possit, nihil impedimento est, *l. 6.*

2. Duplex remedium Praetor heic pollicetur. Primum restitutionis in integrum, quo is, qui falso Tutore auctore cum pupillo contraxit, in integrum restituitur, modo nesciverit, esse falsum, *l. 1. §. ult. & l. 2.* nisi quod minor, etiam sciens restituitur, *l. 4.* Praeterea datur actio in factum adversus falsum Tutorem, in id quanti ea res erit, *l. 7. in pr.* Quae verba hic veritatem non poenam significant, *d. l. 7. §. 2.* quia tamen falsus Tutor ob dolum suum in id quod interest alterius tenetur, dici potest factum hac actione puniri, nec ideo, licet heredibus detur, in heredes, neque post annum, competit, *l. 19. §. 1. h.*

3. Quanquam autem hic Titulus non est abrogatus, argumentum tamen ejus nunquam ullo exemplo usu venisse memini.

TIT.

Tit. VII.

De Fidejussoribus, & Nominatoribus, & Heredibus Tutorum & Curatorum.

SEquamur ordinem Rubricæ. De fidejussoribus eo minus heic est dicendum, quod apud titulum *Inst.* de Satisdationibus, quæ ad hunc locum pertinent, occupata sunt. Illud heic est singulare, quod Fidejussores pro indemnitate pupillorum non modo per expressam stipulationem, ut alias, constituuntur, sed etiam si nominari se tanquam sponsores passi sunt: imo & hi, qui tutores esse idoneos adfirmarunt, ut fidejussores obligantur, *l. 4. §. 3. h. t.* Idque adeo, ut plures ab uno tutore dati fidejussores, eareant beneficio divisionis, *l. ult.* ubi & ratio *ff. Rem pup. salv. for.* Sed a diversis tutoribus dati fidejussores ex eorum persona divident actionem, *l. 6. inf. h. t.*

2. Per nominatores igitur in Rubriea quinam intelligendi? In nigro enim illud nomen non reperio. An nominati a tutoribus ut fidejussores, qui *præsentes fuerunt, non contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt*, ut quasi nominatores sui esse videantur? an vero Adfirmatores, qui cum tutores idoneos adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent, in *l. 4. §. ult. h. t.?* Cæterum, quia durum videtur, simplices adfirmatores habere pro fidejussoribus, ac eos ita convenire, nonnulli monent, hoc de illis intelligendum, qui a Magistratibus electi sunt ad æstimandas tutorum satisdationes, probandosque fidejussores, de quibus est in *l. 1. §. divus. 8. de Magistrat. conven.* Quicquid hujus rei sit, quandoquidem omnis satisdatio & Fidejussorum datio, tutoribus *hodie* est remissa, manifestum est, nominatores ac Adfirmatores non esse amplius in usu, nec ideo tanquam fidejussores obligari.

3. Tertia pars Rubricæ est de Heredibus tutorum, quos ad factum defuncti præstandum teneri, mirari licet, aliquos negare, ex *l. ult. h. t. l. 4. in. pr. h.* Sed est notabilis exceptio in hac parte, quod cum Heredes semper eodem modo, quo defuncti, actionibus rei persecutoriis teneantur, neque ex heredum persona jus & qualitas actionis mutetur, *l. 2. §. 2. de V. O.* tutoris tamen heredes non nisi de dolo & lata illius culpa teneantur, *l. 1. C. de Hered. Tut.* (ubi Cujacius frustra delet τὸ *non.*) *l. 4. de Magistr. conven.* eum ipsum tutorem de negligentia quoque, id est, levi culpa teneri, sæpius dictum sit. Verum hanc exceptionem rursus eximia limitatione restringit Bachovius *not. Paratitl. ad tit. de Tut. & Rat. distrab. n. 4.* Vult enim, tutoris heredem a præstanda levi tutoris culpa liberum esse, si nihil in tutore quam negligentia mediocris arguatur, secundum *d. l. 1. & l. 4.* Quod si lata tutoris culpa arguatur, heredem simul ad levis culpæ præstationem teneri docet, hac ratione, quod Actio competens adversus aliquem, si detur, cum omnibus suis qualitatibus detur. Sed hæc limitatio Bachovii cur admittenda sit, ratio illa, sine textu, sola non sufficit. Primo enim, quo minus actio aliqua certis casibus aliter quam vulgo detur, ex constitutione speciali facile fieri potest; dein, si regula ejus procederet, non esset tamen ei locus in judicio generali, quod multis articulis factorumque discrepantiis constat. In uno facto defunctus latam admisit culpam, in alio levem, una actione tutelæ; de priore facto tenetur heres, de posteriori genere non tenetur. Verum igitur non sit, quoties tutor latæ culpæ reus est, toties heredem de culpa ejusdem levi posse conveniri. Vis legis hæc est, heredem de levi tutoris culpa non teneri.

4. Cum autem tutelæ officium ad heredem non pertineat, ad res gerendas ipse non tenetur; sed quicquid ultro post mortem fecit, de eo tenetur, *l. 4. in pr. h.* imo quædam gerere debet; ea scilicet, quæ per defunctum inchoata sine detrimento imperfecta relinqui non possunt, modo in ejus facultate sit positum, ut ea perficiat. Atque in hisce dolum & culpam latam præstabit, de negligentia, id est levi culpa, non tenetur, *l. 1. in pr. d. l. 4. §. 1. h. t.* Quod si tutor aut Curator, officio finito, in negotiis administrandis perrexerint, his ordinariæ culpæ præstatio imputatur, *l. 5. §. 6. de Admin. Tut.*

Tit. VIII.
De Magistratibus conveniendis.

SI nec tutorum, nec fidejussorum bona sufficiant, ultimum pupillis subsidium contra magistratus comparatum est, actione, quæ ex Re, subsidiaria dicitur, quod aut nullos, aut non idoneos exegerint fidejussores; de quo si dubitetur, an fuerint idonei, probandum a magistratu, *l. 1. §. 3. h.* Donec autem vel unus tutorum fidejussorumque superest, ad magistratum perveniri nequit, *l. 4. C. h. t.* cui non obstat *l. 1. §. 15. de Tut. & rat. distr.* Ait textus; *usque adeo ad Curatores non venitur, ut prius ad Magistratus, qui eos dederunt, perveniatur.* Sic est habendum: Quando Tutela per testamentum, vel a Magistratu est divisa, quisque de parte aliena Tutelæ non tenetur, sed tantum debent eos accusare suspectos. Quando igitur Tutorum aliquis male rem gessit, tunc ipse prius convenitur; dein fidejussor, tum Magistratus, & postremo contutor, qui partem habet diversam administrationis. Si vero Tutela sint indivisa, vel privatim a Tutoribus divisa, tunc omnium postremo loco *Magistratus* conveniuntur.

2. Dicitur hæc actio utilis tutelæ, per *l. ult. h.* quia ad exemplum tutelæ reperta est: ut tamen longius a tutelæ actione distet; quo sensu in factum a Theoph. forte appellatur, *§. 2. I. de Satisd. tut.* pari sensu, quo in *§. ult. I. ad L. Aquil.* Aliter D. Wisseub. *ad h. tit.* Moribus hanc actionem penitus obsolevisse, vulgo testantur, & diximus ad *tit. Inst. de Satisd. Tut. n. 16.* quod verum est quoad exactionem fidejussorum, non etiam, quod ad alia culpæ dolive commissa attinet, quæ a Magistratibus in dandis tutorib s admitti queant. Reliqua petesis ex *præd. titulo de Satisdationibus.*

Tit. IX.
De rebus eorum, qui sub Tutela vel Cura sint, non alienandis.

I. Historia prohibitionis hujus tit. & quæ res alienari nequeant. II. Alienatio quid comprehendat. III. In quid inquirat judex. IV. An ex utilitate alienatio sit licita, exemplo declaratum. V. Ἐπίκρισις ejus rei. VI. Forma Decreti. VII. Neglectio ejus formæ. VIII. Casus, quibus decreto non est opus. IX. An Pater egeat decreto. X. Quis interponat decretum.

PUpillos & minores non posse res suas alienare, sine Tutorum auctoritate, vel consensu Curatorum, satis constat ex *§. ult. Inst. Quib. alien. lic.* Idque sæpius dictum est. Compertum est usu deinceps, ne quidem Auctoritate Tutorum pupillis hac parte satis esse consultum: Rebus enim soli in pecuniam redactis multo fragilius erat patrimonium, magisque obnoxium incommodo, quod Justinianus vocat ἐράσμιον πρᾶγμα, *rem amabilem, in Nov. 72.* ne Tutores minorum pecunias ad se derivarent. Cum igitur tutores & Curatores alienandi jus liberum habuissent usque ad Severum Principem, ab hoc effectum est, ne prædia rustica & suburbana aliter, quam decreto Magistratus adhibito, alienentur, *l. 1. §. 2. h. t.* De suburbanis equidem utilitas a majore licentia non abhorrebat, quatenus in plerisque eorum *plus ad verrendum quam ad arandum est*, ut Plinius: Sed quia pertinent ad ornamenta familiarum perpetua, nec in his placuit libertas alienandi. Quia postea in ipsis urbanis prædiis, quorum tamen reditus non solent usuras & impensas æquare, exemplum Severi prævaluit: Constantinus enim Cæsar in *l. 22. C. de Administr. Tut.* edidit, ne urbana prædia, resque majoris pretii, quæ servando servari possent, absque decreto alienentur. Nam etsi in domibus eadem utilitatis ratio forte non militet, habet ibi locum alia ratio, quam indicat Cæsar *in d. l. 22. Nec vero domum vendere liceat, in qua majorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.*

2. Alienatio non minus heic late patet, quam res prohibitæ, ut non modo interdicta sit venditio, donatio, permutatio, in solutum datio, sed etiam transactio, divisio, repudiatio juris delati, quin etiam pignus & servitutis impositio, *d. l. 1. & l. 3. §. pen. l. 5. §. 8. & l. 7. in pr. h. l. 4. C. de Præd. min. l. ult. C. de Reb. alien. non. al.* Pignus intellige conventionale; nam legale pignus, quod datur ex. gr. dominis prædiorum in bona inquilinorum, res etiam minorum complectitur, ut dictum, & probat D. Wissenbach. *ad tit. Quib. mod. pign. & Hyp. solv. th. 19.* Conventionale pignus, inquam, adeo prohibetur, ut si minor emerit prædium,

prædium, non possit hoc ipsum Curatoris consensu pignori tantisper obligare, dum pretium fuerit solutum, quia statim a traditione dominium minori quæsitum est, ideoque fundus in eum statum venit, ut pignori obligari non possit, *d. l. 1. §. ult. h.* Hæc res sine dubio nostris hominibus inexspectata accideret, adeoque illa pignora venditarum rerum sine discrimine emptorum, sunt usitata, ut difficulter ab iis, qui res judicant, impetratum iri credam, ne pignus illud valere paterentur, & venditorem, qui tale pignus accepisset, inter personales creditores numerarent. Adeoque parum abest, quin hæc subtilitas usu quoque nostro desueta videatur.

3. Methodus in alienandis rebus minorum *observanda*, habet tres gradus, *inquisitionem Judicis, probationem causæ, interpositionemque decreti, d. l. 22.* In eum finem minor, aut ejus Curator, vel Tutor, libello supplice Judici causas alienandi exponit, atque ubi plurium Consessus est Judicum, petit Commissarium, a quo fiat inquisitio. Summa inquisitionis in hoc vertitur, an causa sit necessaria, quæ ad alienandum cogat; Ex causis vero necessariis prima & vere unica est, æs alienum. Sic enim rescribunt Cæsares, ob æs alienum tantum, causa cognita, præsidiali decreto, prædium rusticum minoris distrahi permittitur. *l. 12. C. de Præd. Min.* Nec tamen sufficit, æs alienum probari existere; *Sed hoc convenit excutere, an aliunde pecunia ad extenuandum æs alienum expediri possit; & si deprehenderit, non posse aliunde exsolvi, quam ex prædiorum distractione, tunc permittit distrahi; si modo urgeat Creditor, aut usurarum modus parendum æri alieno suadeat.* Item animadvertere, *ne propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur. Non debet etiam nimium Tutoribus vel Curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia adseverare Prætori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari. Requirat ergo, qui instruere possit Prætoris religionem. &c. l. 5. §. 9. & seqq. h. t.* Ubi multa præclara in hanc rem habentur; quæ exacte satis apud Curiam nostram servantur. Ut tamen causa æris alieni ad quamlibet necessitatem producatur; velut, si aliter pupillus ali non possit, *per d. l. 22. vers. Præcipimus.* Item si cavendum sit pupilli nomine judicatum solvi, *l. ult. §. 3. C. de Admin. Tut.* Denique dotis & donationis propter Nuptias causa, *l. 61. §. 1. de jur. dot. l. 8. C. de Præd. Minor.*

4. Extra has causas ob solam utilitatis rationem, alienatio non debet, neque potest a Judice permitti, ne quidem si utilitas sit prægnantissima, nihilque periculi pupillo sit in medio, *l. 5. §. 14. l. pen. in pr. h. t.* ubi exemplum infructuosi & pestilentis fundi, quem tamen vendere non licet: Idque religiosissime a Curia nostra servatur, exemplo apud Sandium existente *lib. 2. tit. 9. def. 15.* Addam unum & alterum meæ memoriæ, de quibus tamen apprime dubitatum fuit. Matrona nobilis tutrix liberorum suorum habebat agros modicos, sed multos, variis locis sitos apud Omlandos, communes cum alio liberorum suorum cognato, in eadem Provincia habitante, qui semper illos administraverat, dimidiasque mercedes matronæ sine molestia quotannis tradere solebat. Hujus heredes eos agros pro suis partibus vendere parabant, quo futurum erat, ut liberi illius matronæ in communionem minutam cum variis ignotisque hominibus inciderent, ingenti suo incommodo. Petebat igitur mater, ut sibi partes alteras eadem opera vendere liceret, offerens sponsorem, se pecunias inde redigendas aliis agris heic in Frisia pro liberis comparandis impensuram. Relatione a me Commissario facta, sex Domini concedebant alienationem, propterea quod eo modo Legi abunde satisfieret: Sex Domini negabant, quia necessitas aberat, utilitas sola suadebat, & prohibitio Legis est *præcisa*, non recipiens æquipollentem cautionem aut compensationem. Ac ita rescriptum est negative ad libellum, *d. 31. Januar. 1680.* Principio anni sequentis, Juvenis industrius uxorem duxerat minorem annis 25. res soli possidentem. Ipse vero, stannarius artifex, egebat æris ad emendam officinam materia & instrumento artis instructam, cujus tunc optima dabatur occasio. Petebat igitur a Curia veniam, fundum aliquem uxoris vendendi, aut hypothecæ obligandi, allegans pro causa necessitatis, quod aliter se familiamque sustentare non posset. Me quoque referente, major tamen pars Dominorum negavit, eo quod absoluta necessitas non aderat; nec enim, ut antea vir fecerat, porro non poterat opera ministeriali artis ejusdem, exercere victum. Penes Nautam reperio, apud Curiam olim disceptatum fuisse super tali causa. Juvenis mente captus, habebat in bonis agrum, ex quo annuæ mercedis percipiebat ducentos octuaginta florenos. Hunc agrum Curatores ejus vendere poterant pro tanto pretio, quod sufficiebat ad redimendum annuum reditum sexcentorum florenorum ex Dominio Biltano ipsi solvendum, quem reditum antecessores insani adolescentis ante hac vendiderant,

derant, sub Lege redimendi. Heic utilitas erat evidentissima: Nam pro florenis annuis 280, habiturus erat hac venia data, *sexcentos*. Nonne crimen fuisset, superstitione Legum, ut ita loquar, tantum minori insano intervertere lucrum? Credo, non deessent, qui insanum reputassent judicem, hanc insano veniam recusantem. Sed bene habebat, quod Curatores necessitatem quoque probabant; quippe pro *ducentis octuaginta* florenis adolescentem debito modo sustentari non posse; ideoque impetrata est alienandi venia, *in causa Foke Rouwwers contra Johannem de Veno. d. 4. Januar. 1637.*

5. Hæc non placebunt iis, qui jus Romanum non nisi pro suo arbitratu sequuntur, nec censoribus Artis Grœnewegio, Autumno, & similibus ad *l. 13. h. t.* Nec etiam moribus Batavorum, teste Grotio *Introd. l. 1. part. 8. n. 15.* verb. *ofte anderfins opentlyk nut voor de wesen &c.* Non desunt etiam, qui Juri Civili existimant esse consentaneum, ut evidentem utilitatem Judex sequatur, Tiraquell. *de LL. Connub. gl. 8. n. 68. qu. 8.* Montan. *de Tutel. c. 33. n. 450.* contra quos disputat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 20.* Nostri δικαστπόλοι, præter quod in jus Romanum juraverunt, ita existimant; Fieri quidem posse, ut hujusmodi rigore commodum aliquod, aut utilitas minoris alicujus intervertatur, sed in universum consuli pupillorum atque minorum fortunis. Quippe si Judicum arbitrio utilitatis æstimatio committeretur, metuendum erat omnino, ne vis prohibitionis hujus, pupillis adeo salubris, evilesceret ac enervaretur, ita ut res in meram solemnitatis functionem transformaretur.

6. Cum inquisitione judicis, *d. l. 22.* jungitur probatio causæ, quæ per testes & instrumenta conficitur. Quorum a Commissario facta relatione, sequitur *Decretum*; cujus Instrumento publica forma emisso, sequitur venditio vel obligatio *apud nos*. Et quidem venditio solenniter, ut alibi fere, peragitur, præmissa triplici promulgatione, judiciali & ecclesiastica, per totidem hebdomades, ad lucem ardentis candelæ, qua extincta res plurimum licitanti addicta censetur, *1. Stat. Frif. tit. 13. art. 10.* Decretum igitur venditionem præcedat oportet, *d. l. 5. §. 9. h. t.* verb. *tunc permittet distrahi.* Quæ res tamen non facit, ut vitium commissum dicatur, quando prius fit venditio, ut postea decretum impetretur, quemadmodum sæpissime instituitur. Nam prior venditio est conditionalis, si decretum sequatur, & decreto interposito non exstiterit qui plus offerat, quo casu primus venditor est sine re & sine effectu.

7. Hac forma non servata, vel re sine decreto alienata, venditio rerum minoris est ipso jure nulla, cujus argumentum & effectus est, quod minor rem, ubicunque sit, vindicare potest, *l. 5. §. pen. h. t.* quæ statuit eandem nullitatem, *si pratori sit obreptum*, hoc est, si decretum quidem interpositum sit, verum e causa legibus non probata. Sed magis placet Diocletiani distinctio, decreto plane omisso, *dominium retentum & obstructam alienandi viam* censeri; Decreto autem ordine juris interposito, restitutionem in integrum esse implorandam, *l. 11. C. de Præd. Min.* ubi casus quidem est, si læsus sit minor in pretio, de quo casu agit Wissenbachius *th. 16. h. t.* Sed est eadem ratio, quando solennitas observata, verum in diligentia causam cognoscendo peccatum est. Hæc ita, nisi minor contractum alienationis major factus ratum habuerit, expresse, vel tacite lapsu quinquennii, *l. 1. l. 2. & l. ult. C. Si major fact. alien. rat. hab. l. 6. C. Arbit. Tut.* In rebus donatis hoc casu longum tempus, id est decem vel 20. annorum lapsus, ad tacitam approbationem requiritur, *d. l. ult.* Si emptor quoque sciverit, rem esse minoris, ille venditionem implendam prætextu nullitatis recusare non potest, ut docet, ac judicatum refert Sandius *1. p. 15.*

8. Sunt tamen casus, quibus decretum non requiritur, qui vel a persona patris, vel ab re ipsa desumpti sunt, etiam sine causa necessitatis, *l. 2. Quand. Decr. op. n. est.* I. A persona patris, si is in testamento vel codicillis rem alienari permiserit, *l. 1. §. 2. h. t.* licet testamentum vitiose factum sit, *l. ult. eod.* II. Si pater, vel is, cui pupillus successit, stipulanti fundum spoponderit, *l. 5. §. 6. h. l. 3. C. Quand. decret. opus non est.* III. Si emerit fundum, sub Lege retrovendendi, *l. 1. C. eod.*

Ab re petitus est casus, I. si cavendum sit pupilli nomine, judicatum solvi, *l. ult. §. 3. C. de Administr. Tut.* II. Si vendendum sit pignus, quod cum venia prætoris erat oppignoratum; quanquam tutius est, denuo adire prætorem, *l. 7. §. 1. h.* III. Propter dotem opus est decreto, si bonis venditis, pecunia viro danda sit, *l. 4. & l. 8. C. de Præd. min.* si ipsa prædia in dotem danda, non est opus, *l. 61. §. 1. de jur. dot. l. 62. eod.* Quæsitum est, an ad venditionem superficiei, hoc est domus impositæ agris, in qua coloni degunt, opus sit decreto. Quidni? dicas, cum sit res immobilis. Non requiri

quiri tamen, visum est Curiæ nostræ, eum Curatores liberorum viri nobiliss. Scipionis ab Aylva ejusmodi superficiem liberis Petri Valerii vendidissent, ante ferias Paschales 1680. Ac ita, si dominus fundi superficiem vendiderit colono, cui simul ad longum tempus prædium locatur. Nam si Rustici talium superficierum domini, minores annis 25, tales vendere velint, nulla causa videtur, eas decreto eximendi. Priore casu venditio fundi pro accessione locationis habetur, posteriore nihil est quam rei immobilis venditio.

9. Pater etiam, tutor vel curator existens, indiget decreto, non tamen si liberos in potestate habeat, *l. 7. §. 2. h. t.* quanquam bona liberorum ne hic quidem ipse vendere potest, nisi ob causam æris alieni, *l. 1. C. de bon. mat. l. 1. de Bon. quæ lib.* Ad quam rem, quatenus facti est, cum inquisitio & decretum Magistratus sit necessarium, res fere eodem redit; ut si patres liberorum suorum bona vendant, opus sit decreto, idque nec aliter in usu hominum servatur. Quæritur, utrius Judicis decretum, si res alibi sita sit, quam pupillus habitat, requiratur? Sufficit Judicis loci, in quo Tutela agitur, decretum, *l. 5. §. 12. h. t.* Decretum Præsidis, in quo situm est prædium, memorat lex *16. C. de Præd. Min.* Utrumque conjungitur in *l. 15. §. 2. de Re Judic.* ut quod a priore decretum est, ab altero mandetur executioni. Plane judicis loci, in quo res sita est, decretum solius sufficit; alterius tamen decretum, ut fit, in sententiis Judex loci comiter effectum habere patietur.

10. Quamvis autem in *tit. C. de præd. minor. non alien.* præsidiale decretum ubique requiritur, & Præsidum jure fungantur hodie Supremæ Curiæ, decreti tamen hujus interpositio, a magistratibus ordinariis cujusque loci proficisci potest, etiam nostris Statutis, *l. 1. tit. 13. art. 8.* Grœnew. ad *l. 1. C. de Præd. Min.* Cæterum quia Respublicæ, Ecclesiæ, & universitates aliæ, Jure minorum utuntur, poterat heic loci de bonis illorum non alienandis agi, nisi hic locus pridem occupatus esset ad *tit. Quæ res pign. obl. non poss. n. 5. & sequ.*

Tit. X.

De Curatoribus, furioso & aliis extra Minores, dandis.

I. Remissio. Prodigis etiam petentibus dari aliquando Curatores, etiam mente captis. II. Differentia Curatorum & Administratorum. III. An Prodigus possit esse Procurator & postulare. IV. De modo interdicendi bonis, observatio.

HUjus Rubricæ exegesin, habuimus *ad tit. Inst. de Curat. n. 5. & sequ.* Nec habeo quod addam, nisi quod aliquando Prodigis etiam petentibus, eum alioquin invitis interdicatur bonis, Curatorem datum vidimus, libello supplice Judicibus oblato; vel quia tantisper recta rem reputantes via, se plerumque sui impotentes esse cognoscerent, vel quod graviorem metuebant animadversionem; Utriusque exemplis in recenti memoria extantibus. Quod magis est, vidi bis datum Curatorem mente captis petentibus: Etsi contradictio videatur, mente captum se fateri, cum hoc mentis non alienatæ signum sit, agnoscere suam imbecillitatem. Sed probavimus ad *d. tit. Instit. n. 7.* magnam esse latitudinem mente captorum; Esse in eorum numero, qui tueri possunt mediocritatem civilium officiorum, etsi majoris momenti rebus administrandis idonei non sint, ut latius demonstratum est in *lib. 3. Digress. c. 18.* Tales agnoscere suam infirmitatem, non est insolens.

2. Quod si in latitudine mente captorum contineri non possint, etsi minus idonei ad patrimonium suum administrandum, non tam Curator petendus, & a magistratu dandus, quam Administrator volens ab illis constituendus esset. Cujusmodi administrationes, quæ non habent publici muneris auctoritatem, non nisi volentibus imponi posse, constat, & docet Sandius *2. 9. 11.* Hoc autem interest; quod Administratores a Constituentibus deinde mutari possunt; Curatores non æque; sicut accidit nobili cuidam viro, qui suasu agnatorum a Curia petierat Curatorem sibi tanquam mente capto dari. Hic deinde cum uxorem duxisset, (quemadmodum ejusmodi *macarones* ἐκ ὁλόκληςοι, *semicocti*, ut de Claudio Augustus *apud Sueton.* matrimonii facultatem habent, etiam sine Curatorum consensu, ut probat Sandius *lib. 2. tit. 1. def. ult.*) id agebat, ut in suam Curam, adnitente inprimis uxore sua, restitueretur; Cum probare non posset, ingenii sui facultates notabili accessione locupletatas esse, semel ac iterum repulsam tulit; etsi probaret satis, eum se tunc esse, qui ex mero judicis officio Curatorem, bonis

bonis interdictus, accipere non debuisset; scilicet, facilius ab initio recusatur, quam dein de removetur Curator, *arg. l. 1. §. ult. de Minor.* juncto *§. 2. I. de Curat.* Sicut etiam prodigi, quibus semel bonis interdictum est, non facile restituuntur, nisi longo temporis tractu, & diuturna morum æqualitate se probaverint; nec enim sufficit, ad tempus modestia & religione in altitudinem fuisse conditum, quatenus simulata probitas, quanto intentius est cohibita, tanto sæpe infestius erumpit. Quomodo Juris quidam Doctor, cui bonis interdictum erat, eum proferret testimonium verbi Divini ministrorum, quod adsiduo sacris interesset & magnam attentionem præstaret, similiaque, rejectus est, *quomodo adhuc:* cujus moræ impatiens celeriter antiquos induit mores.

3. Idem questus est, Magistratus Doccumanos sibi negasse copiam fori sui & jus postulandi; quod ut Advocatus exercere cupiebat, exercendi non incallidus. Disceptatum est ea de re apud Curiam. Pro illo faciebat, quod prodigus non sit infamis, neque jus postulandi usquam illi in Jure negetur, quodque alia non esset ratio exercendi victum suum, quæ claudenda non videretur. Sed quia prodigi per omnia pro furiosis habentur, ut etiam a testimonio perhibendo penitus arceantur, *§. 6. I. de Testam. ord.* non permittendum est illis, judicio stare pro aliis, qui pro se non possunt. Accedit, quod munus Advocati hodie est publicum, & quod nostrates Advocati non modo postulant, sed etiam sunt Procuratores, eæque functiones in foris nostris sunt inseparabiles: Procuratores autem in hac qualitate clientium pecunias exigunt, atque in rebus eorum versantur: quod Prodigo non erat committendum. Quibus rationibus postulandi jus negatum, & rejecta fuit ejus petitio, *anno 1681.*

4. Ex his colligendum videtur, & si modus interdicendi bonis exerceatur absque judicio contradictorio, si tamen is cujus interest, petat audiri, cum res maximi sit præjudicii, non videri judicium coram tribunali posse negari, *arg. l. 9. §. 3. & seqq. de Off. Proconf. & Leg.* Idem de mente captis, si mediocritatem civilium officiorum tueri posse videantur, & dubium sit, an suis rebus sufficere nequeant, abs re non est statuere. Qua de re his ipsis diebus publico scripto querentem vidimus illustrem Virum & politicorum aliquando principem habitum, (stupendum exemplum!) quod sibi inaudito, bonis ut insano interdictum, atque ut talis invitus venæ sectionibus & scarificationibus sit curatus. Si modo res vere dubia, nec evidens sit mentis error in bonis saltem administrandis: Tunc ipsos audiri, per quam inutile fuerit, eum nihil minus expectari possit, quam ut insaniam, etsi in plerisque mentis compotes videantur, ipsi suam agnoscant.

LIB. XXVIII.

TIT. I.

Qui Testamenta facere possunt, & quemadmodum Testamenta fiant.

I. De parte prima tituli, Remissio, & supplem. II. Collatio cum moribus; An vitium Status hodie sit causa prohibendi. III. Prodigorum testamenta hodie aliquando valere. IV. An id recte consultum, disputatur. V. De testamento Cæci. VI. De solennibus testamenti, collatis cum moribus Frisicis, & aliorum. VII. Testamenta ritu loci facta, ubique valere. VIII. An mulieres hodie possint esse testes in codicillis. IX. An Legatarii & fideicommissarii. X. Scriptorem testamenti non necessario esse Tabellionem. XI. Instituta quædam erronea notantur. XII. De clausula nuncupativi testamento scripto adjecta. XIII. Inutilitas ejus exemplis declaratur. XIV. De clausula, ut testamentum valeat jure mortis c. donationis. XV. An Contractus vitiet testamentum. XVI. Explicatio ejus rei ad usum. XVII. Heredem nec hodie quidem esse testem in Testam. XVIII. De duorum testamento in iisdem tabulis. XIX. An ultra conjuges hoc jus extendi possit.

POst Contractus, qui nascuntur ex actibus inter vivos, sequitur ingens caput de ultimis voluntatibus. Hic tit. est bimembris, ut Rubr. indicat. De primo articulo: *qui test. fac. poss.* ad Institutiones abunde est dictum *d. t.* Vitia corporis, quæ obstent testamenti factioni, habuimus *ibidem.* Morbus sane aut infirmitas corporis, non obstat, modo animus valeat, *l. 2. &*

l. 4. C. h. t. etsi lingua balbutiens seminecis eam protulerit, *l. 15. C. de Testam.* Quanquam Plato lib. XI. de LL. aliter sentiebat; propterea quod *ἀνοήτως καὶ διεφθαρμένως πινὰ τρόπον ἔχομεν οἱ πλεῖστοι, ὅταν ἤδη μέλλειν ἡγώμεθα τελευτᾶν, Stulte quodammodo & perverse plerique affecti sunt, quando morti se proximos arbitrantur.* Pertinet huc Euripideum illud; *Δυσάρεστοι οἱ νοσοῦντες. Morosi ægrotantes.* De usu temporum placet hæc addere.

2. Quicunque maximam vel mediam capitis diminutionem passi sunt, testamentum facere non possunt, legibus Justiniani. Sed utraque specie diminutionis obsoleta, sequitur & has prohibitiones ab usu esse remotas. Nisi quod is, qui hostis Patriæ declaratus est, vel ad eos transfugit, adhuc hodie mediam capitis diminutionem pati, nec ideo testamenti factionem habere censetur, *l. 5. §. 1. ff. de Cap. dimin.* Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 2.* Idem judicandum de his, qui ob delicta proscripti sunt publice, omnibusque impune occidendi permittuntur, qui & maxima capitis diminutione mulctari videntur. Sed quod de filiisfamiliarum Romanis visum fuit, * exacte apud nos servatur, licet alibi Europæ vix uspiam id obtineat. Hic scio filios familiarum extitisse locupletes, quinquaginta natos annos, quorum legata relicta etiam modica, rebus judicatis, nulla pronunciata sunt, vid. Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 1.*

3. Dantur & vitia corporis atque animi, quæ testamenti factionem impediunt, ætas impubes, ** furor & dementia, bonorum interdictio; denique surdi, muti, cœci, vel plane, vel secundum quid prohibentur, ut exposuimus ad *tit. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam.* De prodigis id solummodo notandum, quod Sandius habet *in d. tit. 1. def. 3.* ubi Interdictio bonorum procurata erat a propinquis, qui jam habebant testamentum, ut volebant; hac fine, ut ne Testator facultatem haberet mutandi testamentum. Mutaverat ille tamen, institutis etiam heredibus aliis cognatis æque propinquis, auctisque pauperibus aliquot legatis. Approbatum est hoc posterius testamentum a Curia. Ratione gravissima, quod heres primus fatebatur, se curasse Testatori bonis interdici, ut amitteret testamenti factionem. Id enim in fraudem legis & æqui bonique factum, pro non facto haberi debebat.

4. Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosoph. XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta, gesta mortis causa vel inter vivos, prodigorum indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, hujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit, non admittere; in quo vero aliqua utilitas vertitur, id suscipere oportet.* Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia & stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem, etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; Impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum est animi judicium, §. 1. h. t. Inst.* Detur impubes, qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari*, nisi ex causa æris alieni aliave præcise necessaria, *l. 22. C. de admin. tut.* lata hæc lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiæ recte disserit in *lib. 2. tit. 1. def. 14.* idque religiose apud nos servatur, ut dictum *supra*. Ratio, quia cum semel ita receptum est, ut prohibitiones ejusmodi cessent, quotiescunque cessat ratio in his aut illis casibus, nihil certi juris habeamus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in his omnibus est illud Taciti, quod legi applicare licet; Omnis lex *habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica, contra singulos rependitur.* Sufficit, Legem in universum Reipublicæ esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiæ superatur. Videndum adeo, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta vel contractus, (de utrisque Leo disserit,) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque, non valent, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum & æquabile est in universum,

* Existimat Autor, extra Frisiam vix ullibi observari Jus Romanum, quod filiosfam. a jure testandi excludat, sed nostro Jure nihil mutatum, imo eandem prohibitionem Saxonicis legibus non repugnare, docet Schilter. *ad ff. Ex. 38. §. 17.*

** Minores autem valide testantur, si sui juris sunt, *l. 4. C. qui test. fac. poss.* Unde & apud nos mulier sine Curatore valide testamentum condit. *P. 2. C. El. 15. §. f.* ibique Carpz. *def. 10.* Richt. *dec. 27. n. 20. seqq.* atque ita resp. *Fac. Jur. Lips. M. April. 1705.*

versum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

5. Solennitas, quæ in testamento Cœci observanda est, secundum *l. 8. C. qui testam. fac.* moribus earum gentium, quæ Notario duobusque testibus contentæ sunt, non habet usum; sed ibi cœcorum testamenta celebrantur in forma communi, teste Grœnewegio ad *§. ult. Inst. h. t.* Apud nos ad amussim retinetur forma *d. l. 8.* habetque locum etiam in Testamento Parentum inter liberos, Sand. *lib. 4. tit. 1. def. 8.* Proinde cœcus potest facere Testamentum, quomodo vult, & quomodo potest, sicut indultum est Parentibus inter liberos disponentibus. Quid ergo? Pater cœcus fecit Testamentum in forma communi; Testibus septem prælegitur, ut fert usus, initium & epilogus testamenti; argumentum voluntatis non significatur, sed affirmat Testator tabulas sibi esse prælectas, & reliqua testamentorum solennia observantur, valetne testamentum? Non valiturum esse, respondi consultus, Olphardo Hindema consuli Franekerano, seni cœco, inter liberos testaturo; qui tamen aliter quam more communi, noluit testari; Proinde non valere ita conditum, judicavit deinde Senatus *inter liberos ejus.* Ratio, quia testamentum cœci nuncupari debet, hactenus saltem, ut testibus duobus tribusve constet, quod ita voluerit testator: Nuncupationem enim *lex 8.* requisivit, quia cœcus scire non potest, an id, quod sibi prælegitur, sit illud ipsum, quod in tabulis, quæ testibus exhibitæ sint, continetur. Privilegium paternum consistit in minore numero testium, non in cautione cœcitatis causa adhibenda.

6. Altera pars hujus Tituli, est de solennibus Testamenti requisitis, quæ similiter ad *Instit. titulo de Testam. ordin.* plenissime, quod ad paratitlarem methodum attinet, absoluta est, quo proinde Lectorem remittamus oportet.

Quod ad mores attinet, in plerisque locis Testamentum coram Notario & duobus testibus factum viget, in quibusdam apud acta Judicii faciendum est. Apud Frisios quod ad ordinationem Testamenti attinet, agnita fuit ab anno 1542. consuetudo, qua Testamentum manu Pastoris loci duorumque testium ad id rogatorum confirmatum, valere statuebatur, *lib. 1. Stat. tit. 16. art. 1.* Sed quia mos juris civilis exinde magis invaluerat, compilatores Statutorum, anno hujus seculi *secundo* dubitaverunt, an illa consuetudo ita recepta esset, ut vim legis tueri posset. Ideoque tutius visum est Ordinibus, edicere ut in ordinandis testamentis jus scriptum Frisii sequerentur, *d. tit. 16. art. 2.* Una re excepta, ne signacula requirantur, sola subscriptione testatoris & testium sufficiente, *d. art. 2.* quam exceptionem res ipsa flagitavit; quia sigillorum usus in nostra plebe rarior, ideoque testamenti factio per hoc requisitum nimis impedita fuisset. Eadem usus frequentia fecit apud nos, ut notæ vel symbola, quibus imperiti literarum suum consensum exprimere solent, pro subscriptionibus habeantur, modo addita tabellionis manu significetur, cujus id signum sit, aut e testibus id constet, & hoc scripturæ imitamentum, æque in testibus ac in testatoribus toleratur, jamque pridem innumeris rebus judicatis approbatum est. Nec dubium, quin hac parte sit recessum a jure civili, *l. 21. C. de Testam.*

Non valent igitur Testamenta, quæ coram Notario duobusque vel tribus testibus fiunt, ut alibi Europæ receptum est; tametsi Grœnewegius ad *pr. h. tit. Inst.* inter auctores, qui tradunt, testamenta eo modo condita valere moribus hodiernis, Statuta quoque nostra laudet; *d. tit. 16.* non modo contra mentem, sed etiam contra verba indubitata.

7. Rectius dixisset, Testamenta in iis locis, ubi viget ista consuetudo, etiam a popularibus condita, vim & effectum habere in Patria, non modo respectu mobilium, sed etiam immobilium rerum in hac Provincia sitarum, ut Sandius docet, & rationibus luculenter adstruit, *lib. 4. tit. 1. def. 14.* Hoc ita, si Frisius apud exteros more loci, in quo moratur eo tempore, testatus sit. Quid autem si nostrâs ad exteros proficiscatur ibique testetur more patrio? Distinguitur, utrum mos Frisicus in eo loco sit prohibitus, an diversus mos simpliciter receptus sit: veluti in Hollandia sic juris est, ut Testamenta coram Notario duobusque testibus celebrentur; sed ratio testandi, quæ jure Romano præscribitur & a nostris probatur, ibi non prohibetur, Grot. *l. 2. Introduct. part. 17.* Si Frisius more nostrate testetur in ejusmodi loco, ubi sic non licet testari, verum ubi alia forma, præcise observanda est, ibi testamentum ejus, more nostro vel Cæsareo factum, inde ab initio vitiosum est, nec in ipsa Frisia valere potest, ne quidem respectu bonorum illic sitorum. Rodenburg *tract. de jur. quod or. e stat. diverf. cap. 3. tit. 2.* Ratio est, quia Statutum vel Consuetudo præscribens solemnitates Testa-

Testamenti, non adficit res Testatoris, neque ejus personam, sed ipsam dispositionem, quæ fit in loco Statuti vel consuetudinis, verba sunt Sandii *d. def.14.* & quicunque reperiuntur in jurisdictione Statuentis, legibus & institutis ejusdem parere coguntur, si acta sua civilem effectum habere cupiant, *arg. l. ult. ff. de jurisd.* Atque inde ita juris est, ut in cujusvis actus solemnitate inspiciatur consuetudo loci, ubi is, inquam, actus celebratur, etsi is, qui celebrat actum, ibi larem fixum non habeat, ait iterum Sandius *d. loco.* Quando quis igitur condit Testamentum coram septem testibus, in provincia, ubi non aliter liceat testari, quam apud Acta Judicii certa forma, clarum & certum est, eam dispositionem contra leges factam, esse ipso jure nullam, *l. 5. C. d. LL.* Jam quod semel ab initio est invalidum, id ex post facto convalescere non potest, ideo effectum habere nequit in iis locis, ubi testamenta coram septem testibus recte fiunt, fierique debent: nam Statutum alterius Provinciæ, in qua Testator fuit, cum ita disponeret, inde ab initio *affecit ipsam dispositionem*, nec potuit aliter afficere, quam leges prohibentes aut præcipientes ubique faciunt, ut id, quod contra leges geritur, vitiosum sit atque nullum, *d. l. 5.* Sandius in *d. def.14.* agit quidem de casu, quo Frisius testatur secundum leges loci, in quo agit; sed rationes, quibus utitur, æque in alteram speciem conveniunt. Hoc referri velim ad ea, quæ dicta sunt ad *tit. de Legibus & de conflictu statutorum pag. 539. Part. præced.*

8. Porro lex illa Frisica & quæ sunt similes, una exceptione illa de signaculis, evidenter firmant omnes reliquas Justiniani positiones, quas ad Institutiones & ad Pandectas vidimus. Nisi quod unum alterumve juris Romani requisitum nostris etiam moribus obsoleverit, veluti quod de notis hominum illiteratorum diximus, item, quod Testes subscriptionibus suis addere debebant sua manu, cujus patrisfamilias testamentum signarent, ut habetur in *l. pen. h. t.* Hinc etiam de quæsito, utrum mulier possit esse testis in codicillo, vix est ut audiam Grœnewegium adfirmantem ad *§. 5. I. h. t.* jure civili mulieres, in codicillis testes adhiberi posse, moribus autem secus esse. Ego id apud juris scripti interpretes scio controversum esse; Ideoque prout judices nostri de sententia juris Romani persuasi fuerint, ita codicillum, in quo mulieres sunt testes, probaturos vel improbaturos esse crediderim; denique, posse feminas in codicillis ut Testes admitti, liquida ratione probavimus ad *tit. Inst. de Codicill. posit. 4. & 5. ibique in prælect.* Atque id in locis, quæ jure scripto utuntur, servandum existimaverim.

9. Idem fere de legatariis & fideicommissariis esto judicium, quos jure civili ad testimonium in testamento perhibendum admitti, nota res est, *§. 11. Inst. d. tit.* a moribus hodiernis id alienum esse, putat Grœnewegius ad *d. §. 11. n. 7.* Forte ratione earum gentium, quæ testamenta eodem modo celebrare solent, quo contractus aliaque inter vivos acta, non male; Nobis a Cæsare discedendi hac parte nulla causa videtur, nec adeo in cæteris testamenti partibus.

10. In aliis gentibus soli Tabelliones sive Notarii, testamenta, sicut alia instrumenta, scribendi habent facultatem; Apud nos, a qua persona scriptum sit testamentum, non attenditur, modo septem Testes uno contextu sint adhibiti; quin ipse quilibet paterfamilias voluntatem suam seorsim scribere, testibusque offerre potest subscribendam. Nec id a jure civili discrepat, quo nusquam requiritur, quod sciam, ut testamentum a persona publica scribatur: vocatur quidem Instrumentum publicum, *l. 2. pr. ff. Testam. quemad. aper.* sed hoc ideo, quia publice omnibus quorum interest, copia describendi & inspiciendi danda est, non ratione compositionis & formæ. Ita & Viglius noster *eod. §. 6. de Testam. ordin.* Debent tamen, si recte consulunt Testatores, juris adhibere peritos, cum alioqui facile ad incommodum intestati redigantur, & requisita maxime essentialia, quin & ipsa heredis institutio, a Pastoribus & Ludimagistris, qui aliquando scribendo adhibentur, omittantur; ut observatum & litigatum de testamento cujusdam matrisfam., scripto a Pastore pagi Hardegaripensis *5. Mart. 1680.*

11. Scriptores testamentorum plerumque in more positum habent, ut si qua legata a testatore relinquantur, ea primo loco referant, heredis institutio sequatur; qui mos etsi innoxius, tamen est contra naturam negotii, cum heredis institutio sit basis & fundamentum Testamenti; adeo quidem ut olim nihil ante heredis institutionem positum valeret, *§. 34. Inst. de Legat.* quod utcunque tam rigide jam non servetur, vult tamen ratio juris, ut basis ante reliquam structuram collocetur. Est & hic mos perpetuus, ut cum testamenta per scripturam composita sunt, testibus exordium & conclusio prælegatur, reliquis testamenti

menti capitibus silentio pressis, quod minime est insolens; cum hæc ipsa sit testamenti scripti proprietas, quod ideo mysticum vocatur, nec adeo necesse fuerit unum verbum prælegere; sed ut mos erat veterum, Testator tabulas testamenti clausas manu tenens, ita fari potest: *His ego tabulis meam voluntatem ultimam inscripsi, cujus rei vos testes esse volo, rogo. l. 21. C. de testam.* Sed nostri tabelliones, quasi testes nescio quid occulti aut nefarii subesse vererentur, solent adjicere stipulationem, ut testator caveat testibus, de eo, quod ignorantes argumentum testamenti, tamen ei subscribant; & hoc Testatores sæpe ita satagunt, ut hypothecam suorum quoque bonorum subjiciant, seque ea gratia Curiæ Supremæ subjiciant. His nugis nihil ineptius neque indignius est juri civili adsuetis; nec enim modo superflua, sed & contraria sunt naturæ testamenti. Superflua, quia testes non subscribunt in approbationem eorum, quæ testamento disposita sunt, verum in id, quod testatorem audivere dicentem & declarantem, iis tabulis contineri suam voluntatem, *d. l. 21.* Contraria, quatenus nihil inimicius unitati contextus, quæ testamento essentialis est, quam si actus extraneus ei inseratur, *l. 21. §. 1. ff. Qui testam. fac. poss.* & pro exemplo rei extraneæ evidentissimo habetur *Contractus, arg. l. 20. de V. S.* quem illa cautio inserit Testamento, & quidem, si accedat hypotheca, duplicatum.

12. Addere solent clausulam codicillarem, eamque amplificatam, hoc modo; Si testamentum non valeat modo solenni, ut subsistat non modo jure codicilli, sed etiam ut Testamentum nuncupativum, vel donatio mortis causa; quæ extensio in jure nusquam legitur, nisi tu sub his generalibus verbis eam intelligis, *aut alio omni meliore modo*, quæ sunt in *l. 29. §. 1. Qui test. fac. poss.* Sed additio nuncupativi, non potest usum habere, nisi quando testamentum a capite ad calcem testibus est prælectum, vel quando ipse prius viva voce coram iisdem testibus, quid suæ voluntatis esset, enunciavit: Alioquin implicat contradictionem, ut vim nuncupativi testamenti habeat, quod nullo modo nuncupatum est. Etenim ea gratia nuncupatio instituitur, ut cum vis rapida morbi scribendi moram non admittit, convocatis subito hominibus Testator iis coram, voluntatem suam declaret, omniaque dispositionis secreta, verbis palam expandat, *§. ult. Inst. h. t. ibique* Vigl. Proinde, si Testamentum clausula nuncupativi sit adjuvandum, non potest id aliter obtinere, quam concurrentibus hisce terminis habilibus; Scil. Nuncupatione per Testatorem, vel prælectione totius Testamenti per actuarium facta, si Testator antequam omnia in scriptum sint redacta, testesque vel ipse subscripserint, spiritum exhalet, tum is casus extitit, quo clausula nuncupativi, vim vigoremque obtineat. Pragmatici tamen & tunc eam habere virtutem volunt, quando Notarius nuncupatam Testatoris voluntatem solus excipit, eamque redigit in scripturam, vel quando testator tabulas clausas offert Notario, coramque ipso & testibus declarat, eam, quæ charta clausa continetur, esse suam voluntatem, quam declarationem Notarius dorso Testamenti inscribit; ita D. Voetius P. ad *d. §. ult. cap. de Moribus*, multa practicorum auctoritate munitus, quos inter Viglius noster ad *d. §. fin.* At hic quidem nihil aliud docet, quam quod nos antea posuimus; Agit de casu, quo testibus omnino prælectum est testamentum, nec Schneidewinus ab eodem D. Voetio laudatus, aliter quam de nostro genere testandi, per scripturam nuncupationemque simul, loquitur; Credo & reliquos auctores ita existimare, quos non fuit otium inspicere. Nam illa nuncupativi usurpatio nimis a ratione abhorret.

13. Ad usum rei detegendum, recenseamus aliquot casus; Primus sit, Quando Testator verbis enunciavit totam voluntatem suam, etsi deinde redigatur in scriptum, non tam opus est hac clausula, quam universum testamentum est nuncupativum. Ideoque licet Testator ante finitam scripturam moriatur, testamenti vis ea re nihil infringitur. Alter casus; Testator scriptum testamentum facere voluit, attamen id totum prælegi jussit, tum si moriatur ante subscriptionem, clausula nuncupativi faciet, ut voluntas sustineatur. Tertius casus: Testamentum est scriptum neque prælectum testibus, sed testator dixit, sibi id esse prælectum eamque suam esse voluntatem; expiravit autem priusquam subscriberet ipse vel testes, numquid clausula nuncupativa effectum habebit? Dicet aliquis, habere debere; quid enim interest, enunciaverit quod volebat, an dixerit se velle, quod in tabulis ejus jussu conscriptis positum est; Non valere tamen, Curia nostra censuit *in causa Egberti a Someren contra Æmilium Jensina. d. 27. Octobr. 1664.* Sixtus Terwischa testamentum scribi jusserat cum hac clausula;

fula; non erat prælectum testibus, sed dixerat, sibi id esse prælectum, suam esse voluntatem quicquid in eo scriptum erat, ipse in hoc erat, ut subscriberet, & ferme absolverat, utcunque tremula manu; defecit subito coram testibus; hi dein subscripserunt, addito, quomodo res gesta esset; judicatus est intestatus decessisse Terwischanus, & quidem φιλονομικῶς. Sunt enim distinctæ species, Scriptum & Nuncupativum testamentum, nec adeo confundi jura convenit, ut is, qui scriptum facere voluit, absque nuncupatione nuncupativum fecisse dicatur. Accedit, quod is, qui non absolvit, cœpisse magis testari, quam testatus esse videtur, & adhuc pœnitere potuit; quod in hoc testatore non abhorrebat a suspicione veri, qui antea sæpe sollicitatus ad testandum, constanter dixerat, non placere, vid. *l. 25. ff. Qui test. fac. poss.* Faciendum igitur Notariis, ut quando periculum in mora scribendi esse vident, contractis raptim hominibus, testatori suadeant, ut nuncupet voluntatem, quam nuncupationem deinde in scriptum redigant, qua re inter alia Parentem meum p. m. narrare memini, se januam praxeos sibi aperuisse, cum novus in foro id in simili casu instituisset, stupente vulgo, (raro n. fit,) homine mortuo testamentum scribi posse; nam id memoriæ causa, digressis testibus factum erat, & expedit, dum scriptura est instrumentum probationis, non forma testamenti.

14. Quod attinet ad ampliationem Clausulæ per donationem mortis causa, hæc non modo supervacua, quatenus Codicilli mentio sufficeret, sed & adversa naturæ testamenti videtur: Nam magis est, ut donatio mortis causa in Testamento consistere nequeat, quia fit per duorum consensum, *l. 38. ff. de donat. m. c.* talia vero a testamentis abesse debent, ne subtilissima unitas contextus offendatur, ut diximus ***ad tit. Inst. de Test. ordin. n. 18. ibique in Prælect.*** Non potest, inquam, donatio perpetrari in ipso actu testandi, ita ut declaratio donantis & acceptatio donatarii conjungantur; sed quo minus Testator declaret, se donasse Titio centum, nihil vetat; nec etiam vero, se jam donare; sed tum aut a legato nihil distaret, aut acceptationem deinceps accedere oporteret. ***vid. ad d. tit. Instit. posit. 19.***

19. Quæsitu dignum est, an per donationem plene perpetratam, adeoque per quemlibet contractum, testamenta penitus vitientur, qua de re sententias Dd. varias recenset D. Voetius ***ad §. 3. I. de Testam. ord. n. 4.*** De jure non videbatur ambigendum, quin extraneus actus, cujusmodi & contractus habetur, unitatem contextus violet, perniciemque testamento adferat, ***l. 28. in pr. C. de Testam.*** ubi; ***nullo actu interveniente.*** Textu tamen illo & rationibus consideratis, non est necessarium, ut id de contractu intelligamus, modo nihil clam testibus & seorsim celebretur; id enim vetat ***d. l. 28.*** Utique ita dicendum videtur, si contractus obiter fiat, & a materia testamenti non sit alienus, cujusmodi est illa stipulatio de indemnitate, quamlibet inepta, qua testes sibi cavent de occulto testamenti argumento; idemque de donatione mortis causa existimem. Non puto, nos fore tam valide theoreticos, vel theoriam esse tam rigidam, ut ob ejusmodi conventiones testamentum vitiari statuendum sit. Si vero contractus a Testamento plane sit alienus, non video, quid nos absolvat ab observatione juris Civilis, quod per extraneum actum unitatem contextus violari dictat, nostrumque Statutum suffragatur huic rigori, omnia juris Civilis requisita per unicam exceptionem præcise adfirmans & inculcans.

16. Noli tamen exinde colligere, si dum Notarius describit id, quod Testator dictavit, aut dum testes inter se colloquuntur haustuloque vini recreantur, interim ipsi inter se, vel Testator cum aliquo ex illis, nescio quid contrahant, eo statim vitiari testamentum; etsi contractus ille nihil commune cum materia formave testamenti habeat. Non ea mens est hujus requisiti; sed contractus abesse debet eo temporis articulo, quo Testator conscriptis perfectisque Tabulis, declarat, compellatis testibus, in iis suam contineri voluntatem, eosque ut attestari velint, rogat, simulque tam ipse quam testes subscribunt. Hoc est illud momentum, quo unitas contextus religiose conservanda est, ut docuimus ***ad tit. Inst. de Testam. ordin. n. 23. & seq. ibique in Prælect.*** Proinde, quæ prius & quæ postea fiunt, innoxia habenda sunt. In illo autem momento hoc unum agendum, nihil ut extraneum addatur, ne falsis occasio detur fabricandis, quæ olim circa testamenta frequentissime excogitabantur; adeo ut lex Cornelia de Falsis, per excellentiam ***Testamentaria*** dicta fuerit, ***§. 7. I. de Publ. jud.***

17. Non est igitur faciendum, ut scita Juris Civilis utcunque subtilia, putemus absurda, licet earum ratio nobis sit obscurior. Credendum, veteres, experientia subtilissimarum falsitatum, in his etiam institutis excogitandis acutiores esse

 debu-

debuisse; Non ausim igitur cum D. P. Voetio *ad §. 10. Inst. audacter adserere*, ita ille, *posse heredem quandoque esse testem in testamento moribus hodiernis, idque ideo, quod testamentum non necessario testibus prælegatur, verum clausum iis exhibeatur.* Nam id æque jure civili notum & cautum est, *l. 21. C. de Testam.* ut aliquoties dictum, nec ulla ratio hac parte suadet, a jure scripto ut recedamus.

19. Est etiam hoc manifesto receptum, ut duo Conjuges aut amici, in iisdem tabulis singuli proprium testamentum condere possint, adeoque duplex sit revera testamentum in eadem charta, quod in foro Romano fuisse inauditum, jurisque rationi adversum esse, probavimus in *Præl. ad d. tit. Inst. num. 19. pag. 173.* idemque Viglius & Vinnius *ad §. pen. Inst. d. tit.* quibus addam, quod ait Viglius ad *§. pen. num. 3.* absurdum esse, tabulas altero testatorum adhuc superstite publicari: cum testamentum nisi post mortem, effectum habere non possit, & incivile sit, de vivente palam fieri, quid post ejus fata sit futurum. Quo nomine male audivit olim Augustus, quod Antonii quamlibet inimici, Testamentum pro concione recitasset, ut *Dio Cassius* testatur. Quin imo Testamentum alterius, per posterius singulare testamentum jure factum, rumpi potest, dum id, quod alter fecit, adhuc subsistit; quæ res iterum veteribus JCtis visa fuisset enormis, nec in ipso casu pupillaris substitutionis locum habere potuit, *§. 5. I. de Pup. subst.* Et hæc res supponit aliud ἀπροσδόκητον, quod ubi duo conjuges aut amici in eadem charta testati sunt, seque mutuo heredes scripserunt per quandam conventionis speciem, alter alterum fœda machinatione decipere possit, nova testatione, socio ignaro, consignata; nam hoc licere, sequitur ex eo, quod duo penitusque diversa testamenta sint, Gail. *lib. 2. obs. 117. n. 2.* aliique *citati* a D. Voetio ad *d. §. pen. num. 5.* Peck. *1. de testam. conj. 43. & l. 3. c. 1.* Atque hæc conjunctio testamentorum, licet inter conjuges maxime frequentetur, eadem tamen ratione inter fratres, sorores, aliosque amicos fieri potest, & auctores indistincte loquuntur, apud Peckium *d. lib. 1. c. 19. n. 2.*

19. Non desunt tamen, qui apud nos putent, conjunctionem illam duorum testamentorum, non nisi inter conjuges habere locum; inter alios si fiat, standum esse jure civili; sed nec ratio, per quam ita sentiunt, nec usus noster id evincunt. Ratio est ex Novella *Valentiniani tit. de Testam.* quæ de conjugibus agit; sed notum est, hujus Principis constitutiones non facere partem juris Justinianei, nec esse receptas in Europa. *Carent*, inquit Viglius *ad d. §. pen. n. 3. in fin. omni auctoritate, nec in judicio recitari possunt*; adeo ut hæc consuetudo non a Valentiniano, sed a disputatione Interpretum & opinione Doctorum invaluerit. Denique in Senatu Curiæ nostræ, jus dictum scimus e testamento reciproco duarum sororum *Swartzenburgicarum*; etsi partibus in mentem non venerat, ut de hoc articulo dis. e. ptarent, tamen non erat dubia mens Senatus, valere testamentum; & sæpe alias fit, ut propinqui, convictores, amici, in animos inducant, quo pariter ultimas voluntates componant, neque de valore dubitatum fuit in peristyliis fori; meminique, veteranos Advocatos & eruditos a causis contra ejusmodi testamenta, ut desperatis, abstinuisse. Intelligo tamen, postea Curiam Supremam habuisse pro nullo testamentum, in quo diversi fratres reciproce testati erant, in causa *Nicolai Bruinsma in qualit. contra Jenne Hanses cum sociis. d. 15. Jul. 1684. Hac sententia*, sic mihi retulit Vir Ampliss. *in Acta relata, sed non est pronunciata, quia partes transegerant.* An, quod plures duobus fuerint, an quod ultra conjuges hoc jus extendere non placuerit, non habeo dicere. Certe in immodicum coacervari numerum testatorum, deforme foret, ut si parentes cum liberis & adfinibus in iisdem tabulis testari vellent, quomodo quatuordecim homines in una domo instituisse, aliquando accepimus. Quis dubitet, quin merito id rejiceretur? Placet hoc addere; Ab hominibus Maccumanis oblatum mihi esse Codicillum reciprocum Viri & Uxoris, in quo testes erant Mater Testatoris, cum duabus Sororibus, & fratre Testatricis. Insolens forma, nec tamen in leges impingens. Ideo respondi, valere videri. *d. 9. Septembr. 1688.*

TIT. II.

Tit. II.

De Liberis & posthumis heredibus instituendis, vel exheredandis.

I. Remissio, & distinctiones posthumorum. II. Remissiones, item an causæ exheredationis pares, vel graviores admittantur. III. Non dari Querelam fratri, cum spurius heres factus est. IV. An exheredatio per reconciliationem tollatur. V. An differentia Nullitatis & rescissionis hodie supersit. VI. Si supersit, an reales habeat effectus hodie. VII. Dari tales effectus; & recensentur. VIII. Exheredationem sine causa, & præteritionem matris, testamentum facere nullum, in Foro, non jure civili. IX. Discrimen juris civilis inter suos & emancipatos, moribus etiam esse sublatum. X. Quasi-agnationem posthumorum quoque sublatam esse. XI. Jus veræ posthumi agnationis, non esse obsoletum. XII. Quid de liberis adoptivis.

HIc titulus est parallelus Rubricæ Institutionum, de Exheredatione liberorum; Quam ita illic profecuti sumus, ut ad paratitlarem expositionem nemo facile plus requisiturus sit, quod putem. Nam etsi de Exheredandis liberis tantum inscriptio illa promittat, ratio tamen oppositionis & connexionis fecit, ut ibidem quoque de posthumis & de præteritione sit actum. Nisi placeat, posthumorum diversitates repetere, quæ ab aliis heic prolixe tractantur.

N. ADDIT.

In positionibus tamen adhuc aliud adductum erat, ab autore hic omissum, forte, ne ad Scholium ibi positum respondere adigeretur.

POSITIO 14.

Unde liquet, exheredationem posthumi cum nec nullitatem, † nec rumpendi effectum pariat, querela evertendam esse, adeo ut posthumus hodieque eodem sensu possit exheredari, quo olim, nam & tunc, ut exheredatio suum finem consequeretur, causa justa requirebantur, l. 7. de bon. damn. l. 5. ff. & l. 28. C. de inoff. test. *excepta specie, quam Justin. abrogat in* l. 33. §. 1. C. eod. *aliisque fortean similibus.*

† SCHOLIUM.

Puto nullitatem, quia Justinianus in Nov. 115. *certas exheredandi causas pro forma testamenti posuit, quæ in posthumo obtinere nequeunt. Qui enim hic posset fieri ingratus? Et etiamsi una ex istis a testatore opponeretur, aperta tamen ejus foret calumnia, & ita querela inofficiosi, quæ contra heredem jure novo instituitur, cum causa exheredationis est dubia, non est opus.*

Wissenbachio nostro labor ille, licet inutilis, tamen jucundus videtur ad *h. tit. th. 25.* Quod studiosis ita de hisce perplexis & subtilissimis distinctionibus videri, parum perspexi. Tu velim sic teneas; Definitionem omnis generis posthumorum suorum, tam verorum quam quasi talium his verbis optime comprehendi. Posthumus est, *qui post testamentum factum jus sui heredis est nactus.* Hoc fit 1. Nativitate post mortem patris. 2. Nativitate post mortem avi. 3. Nativitate post factum testamentum vivo patre, vel avo. 4. Per quasi-agnationem nepotis post testamentum nati, in jus sui heredis, per mortem patris. 5. Per quasi-agnationem nepotis, qui tempore facti testamenti natus, erat alienus, in sui heredis locum. *Primus* erat posthumus antiquus ex lege XII. Tab. *Secundus* ex sententia Galli Aquilii. *Tertius* ex primo capite Legis Vellejæ. *Quartus* ex Juliani sententia. *Quintus* ex secundo capite legis Aquiliæ, *L. Gallus. 29. §. 11. & sequ. D. h. tit.* Wissenb. *ad h. t. th. 3. & sequ.* Hæc olim tam anxie distinguebantur, quia si posthumus uno casu heres vel exheres scriptus, altero natus esset, testamentum rumpebatur, *l. 10. l. 29. §. 8. h. & l. 26. de Subst.* quæ subtilitas a lege Justiniani aliena videtur, ut apparet ex *l. uit. C. de posthum. hered. inst.* ubi casus unus porrigitur ad alterum.

2. Porro de effectu præteritionis, de forma exheredationis, de discrimine marium & feminarum, de causis exheredandi. Item an similes vel graviores admitti causas oporteat, *ad Inst.* copiose actum. Ad ea tamen, quæ *n. 30.* ibi dicta sunt, causas ejusdem generis similes, aut graviores, non posse excludi, Thomasius heic loci opposuit.

SCHOLIUM.

Negavi tamen ad Instit. de inoff. test. posit. ult. *ubi simul ad exempla autoris nonnulla, in quibus extensionem procedere arbitratur, respondi. Alia adhuc duo suppeditat* in prælect. ad inst. h. t. n. ult. Si patrem, *inquit*, carcere clausum, filius fidejus-

 fione

sione liberare cunctetur, exheredandus erit; at si ipse eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exheredari meretur, si compulerit & coegerit ad suam libidinem testari, non poterit? *Sed videtur ipse autor de convenientia horum exemplorum dubitasse, dum eadem in positionibus consulto omisit. Nam quod filium patrem carceri includentem attinet; is si privata autoritate id fecerit, hereditatem amittet, non argumento a minori ad majus, sed quod jam includatur hic casus* §. 1. & 2. cap. 3. d. Nov. 115. *sin per officium judicis ex causa criminali, spectabit iterum ad casum* §. 3. *Nam ob civile debitum, (de quo potissimum loquitur, quem extendere vult autor* §. 8.) *non impetrabit filius, ut pater carceri mancipetur, quia parentes habent beneficium competentiæ. Deinde quod concernit filium cogentem parentes, ut ad suam libidinem testamentum faciant, is utique exheredari poterit, non vero propter interpretationem extensivam, sed quod hic casus iterum sub verbis* §. 9. *comprehendatur. Qui enim alium cogit ad suam libidinem testari, is certe hoc ipso* prohibet eum, ne libere testetur.

RESPONSIO.

His collationibus, quæ multo plures ad sequentes positiones moventur, diutius immorari non libet, præsertim quia in posteriori prælectionum ad Institutiones editione, hanc Quæstionem copiosius executi sumus. Unde ad hæc & sequentia non difficilis responsio. Denique, si Thomasius omnia, quæ sunt ejusdem generis, & nobis quidem a causis Nov. 115. *expressis diversa videntur, velit iis includi, vix ulla nos inter discrepantia fuerit.*

N. ADDIT.

Ego vero in citato loco nihil deprehendo, cui non satisfieri possit per Scholia nostra ad Positiones Autoris, hic pariter cum Scholiis omissas. Ergo apponamus, & judicium linquamus Lectori.

Posit. 16. Quod proinde & tribus illis causis, propter quas frater aut soror, a fratre vel sorore potest exheredari, statuere oportet, (c) alioqui non licebit respondere Viglio, (d) qui hoc argum. inprimis urget ad §. ult. Inst. de Inoff. testam. in fin. *Tametsi ut omnibus occurratur scrupulis, longiori opus est oratione: diximus aliquid* in prælect. ad tit. Instit. de exher. liber.

(*c*) Nec hoc admittimus, propter particulam taxativam *solum*, quæ est in *cap. 48. Nov. 22.*

(*d*) Qui quidem jam non est ad manus. Sed videtur tamen stare pro nostra sententia, per ea, quæ autor habet *in prælect. d. l.*

17. Una superest ratio, cui occurrere sit operæ pretium, petita a frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur. vid. *Wissenbach.* disp. 39. thes. 17. part. 1. ad Pandect. *(e) Sed causæ exheredationis hodie sine dubio ex speciali lege proficiscuntur.*

(*e*) Et omnino ad *h. t. th. 11.* ubi expresse nobiscum sentit, cujus adeo opinionem eo magis contra autorem amplectimur, quod ea confirmata sit *per decis. noviss. 22.* Adde Finkelth. *observ. 99.*

18. Responde, distinguendo, (f) utrum lex de casu uno certo & limitato, an de certis causarum generibus, sub quibus multi ac indefiniti casus contineantur, agat, ut in his causis: In priori facile omnis consequentia præcidi potest, in posteriori non æque.

(*f*) Sed hæc distinctio litem non tollet. Nam loquitur sane Novella 115. c. 3. & 4. de casibus certis & limitatis; & deinde non omnem consequentiam præcidere volumus, sed illam saltem, quæ propria est interpretationi extensivæ, non eam, qua nititur interpretatio comprehensiva, vel declarativa, ut ab aliis vocatur, quas duas interpretationum species Autor miscuisse videtur.

19. Præterea interesse videtur, utrum Legis sanctio, moralibus personarum meritis nitatur, an ratione mere positiva; *si hac, tum nihil mirum est, casum, quem Lex omittit, sub eo, quem ponit, non comprehendi. Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde durum est, (g) non producere legem ad eos casus, quibus merita illa prægnantiora sunt.*

(*g*) Imo non est, quia legislatoris arbitrio regulariter pœnarum determinatio & exasperatio est relicta.

20. Præterea, quæ ad hac causarum genera pertinent, separanda sunt ab his, quæ ad internam exheredationis perfectionem requiruntur: nam quod ad hæc, imperfecta exheredatio (h) pro præteritione habetur & facit nullitatem, §. 12. I. de Her. ab intest. *verum omissio ejus, (i) quod ad justitiam causæ pertinet, non tollit essentiam effectumque exheredationis, sed querelam adhuc requirit. (k) ut patet* ex Nov. 115. c. 3. *dix. ad tit. I.* de inoff. testam. n. pen.

(*h*) Quando nimirum non observantur requisita posit. *2. & 3.*

(*i*) Id

(*i*) Id est omissio causarum in Novella 115. expositarum.

(*k*) Et hoc negavimus *ad d. n. penult.* ac passim.

21. *Quid autem, an ex hac sententia non sequitur, praeceptum Justiniani de causis testamento inserendis, impune posse negligi, nihilque interesse, utrum exprimatur causa, vel non, si quidem utroque casu querela locum inveniat?*

22. *Minime vero: Cum enim causa exprimitur, heres ad probandam eam causam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum exclusione exheredati; sed omissa causa, exheredatus querelam necessario obtinebit, ejusque praesidio testamentum expugnabit.*

23. *Nec propterea inanis argutia dicenda est, quod testamentum illud nunquam habeat effectum, neque tamen sit nullum. Quippe si dicamus,* (*l*) *exheredationem sine causa expressa testamentum facere ipso jure nullum, sequitur, quod & liberi emancipati, quique nunquam in potestate fuerunt, testamentum perinde nullum dicant, si tacitam ob causam sint exheredati; quod & posthumi exheredati testamentum agnascendo rumpant, quia cum causa nullo modo exheredari possunt, aliaque plura inde sequentur, fietque nimis magna strages* (*m*) *juris antiqui, sublata bonorum possessione contra tabulas, differentia suorum & emancipatorum quod ad Institutionem, titulisque* ff. C. & Inst. *de inofficioso testamento, magna parte suffocatis.*

(*l*) At hæc non est responsio ad objectionem initio hujus positionis formatam, sed nova objectio contra sententiam nostram.

(*m*) Non tamen cum damno, quia remedium nullitatis est longe pinguius, quam ista remedia antiqua.

24. *Quod profecto nimis est gravis praejudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam* (*n*) *jus vetus, nisi cum multa praefatione & ostentatione prudentiae suae abrogat, tot tamque praecipua Juris capita, una consequentia silentioque abolevisse.*

(*n*) Esset hæc conjectura alicujus momenti, nisi eadem Autoris opinioni obstaret. Etiamsi enim ponas, *Novell. 115. c. 3. & 4.* loqui de querela inofficiosi, tamen, ut alia taceam, illud novum erit, quod non liceat ex alia causa, quam quæ ibi exprimuntur, filium exheredare, cum ante hanc Justiniani constitutionem, forte etiam exheredatio sustenta fuerit, si facta sit ob homicidium, blasphemiam, & alia delicta filiorum. Deinde quid opus est conjecturis, cum Justiniani verba, *non licere penitus &c.* satis enixe voluntatem ejus novum aliquid constituere intendentem declarent?

25. *Idem de praeteritione matris, avique materni, judicium esto. Habetur illa pro exheredatione,* §. ult. Inst. de exhered. lib. *nec id uspiam mutatum* (*o*) *videmus; At cum sine causa semper fiat praeteritio, liberi necessario per querelam hoc casu vincunt.*

(*o*) Est mutatum in *d. c. 3. N. 115.*

26. *Enimvero vix intelligo eorum mentem, qui praeteritionem maternam adhuc pro exheredatione haberi fatentur, at ubi sine causa expressione fit, hoc casu testamentum ipso jure nullum esse volunt, ut communis Dd. opinio, exponitur a Sandio* (*p*) lib. 4. tit. 2. def. 2. *a qua recte dissentit.*

(*p*) Non tamen a nobis. Nec a Sandio, si eum accurate intuearis, ut adeo supervacua sit disputatio & hujus & sequentis positionis. Expositionem verborum Sandii, nostrum institutum jam non admittit.

27. *Utique praeteritio cum per silentium fiat, non potest non fieri sine expressione causae, nisi multum fallor; ideoque ex Juris ratione testamentum, in quo avus vel avia nepotes praeterierunt, per querelam expugnandum, ac ita successio ab intestato petenda est; verum in foro directe petitio hereditatis ab intestato admittitur, ut Sandius* ibidem *testatur.*

Repetantur etiam ea, quae diximus in novis additionibus ad Instit. de exhered. liberorum & de inoffic. testam.

3. Plenius eandem materiam ad *tit. de Inofficioso testamento Inst. & D.* profecuti sumus, ubi inter alia quæsitum est, An fratri aut sorori detur querela, si spurius sit heres institutus, quasi turpis aut levis notæ macula adspersa persona, secundum *l. 27. C. de Inoff. testam.* Operæ pretium est monere, talem speciem decisam esse nuper apud Curiam nostram. Titius instituerat Cajam heredem, spuriam ignoti Patris, cum sorore legitime nata. Testatoris sorores movebant querelam, sed repulsam tulerunt, *ante ferias Natal. 1688.* judicio appellationis, postquam a Scabinis Leovardiensibus eodem modo priore instantia definita erat, in *causa Nicolai Henrici nom. Ux. cum soc. contra Henricum Schol. in qual.*

4. Retulimus in posit. & hanc quæstiunculam. Si pater cum filio exheredato reconciliatus sit, eumque

eumque in gratiam plenissime receperit, ante maneat exheredatio. Manebit, hactenus ut testamentum eo quasi præterito non sit nullum; Sed filius querelam instituet, exceptionemque ingratitudinis per replicationem reconciliationis elidet, per *l. 5. C. fam. ercisc.*

SCHOLIUM.

Mallem & hic contrarium defendere, arg. d. l. 23. de lib & posthum. *Nam ad* l. 5. C. fam. ercisc. *responderi potest; a remissione vindictæ & inferendi mali, ad positionem faciendi beneficii, non valere consequentiam. Citius enim animus reconciliatus a mali illatione abstinet, quam ad beneficia exhibenda pronus est.*

Opp. *l. 23. de lib. & posth.* Pater filium exheredatum, emancipatum rursus arrogavit, eique tamen nocet prior exheredatio. Resp. Arrogatio illa non valet; tu *instas*, non quidem ad effectum Patriæ Potestatis, bene tamen ad argumentum animi reconciliati, vult enim Pater eum habere pro filio. Resp. Arrogatio non semper est indicium benevolentiæ; potest ob alias fieri causas, velut conditionis implendæ gratia.

SCHOLIUM.

Arripio hoc, erit tamen plerumque; ac propterea etiam de tali casu, ubi arrogatio ex capite benevolentiæ facta fuerat, intelligendus erit JCtus.

RESPONSIO ad utrumque Scholium.

Fulmen exheredationis, quod paulo minus est quam condemnatio ad esuriem & mortem, non potest voluntati paternæ post reconciliationem amplius adscribi, & propterea non fert ratio, ut in d. l. 23. *reconciliatio gratiæ & amoris interposita dicatur. Sed arrogationem ex alia causa, quemadmodum fieri potest, oportet esse factam, etsi plerumque secus se res habeat.*

N. ADDIT.

Duo hic excipimus. Falsum est, condemnationem exheredationis paulo minus esse, quam condemnationem ad esuriem & mortem. Quid si enim filius jam adultus sit, (ut regulariter in his contingit, qui secundum Jus Novellarum ex certis ingratitudinis causis possunt exheredari,) & labore suo ac industria se sustentet? Quid si Pater nihil reliquerit? Secundo, quod JCtus non supponat casum specialem de arrogatione citra affectionem amoris facta, sed loquatur de arrogatione filii in genere, quam ipse autor fatetur plerumque fieri ex affectione, docet integer legis contextus. Ait Papinianus. Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum arrogavit, exheredationem antea scriptam nocere, dixi. Nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur: nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogavit.

5. Superest collatio aliqua cum moribus; Jure civili, etiam novissimo, cautum est, ut si filius aut filiafamilias, nec heres institutus neque exheredatus aut exheredata sit, testamentum sit ipso jure nullum; emancipati liberi per ejusmodi silentium præteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas; exheredati, movent querelam inofficiosi testamenti, *§. 5. & sequ. Inst. de Liber. exhered.* ut latius probatum est *ad d. tit. & ad tit. ff. Inoff. Testam.* Priores non egent remedio actionis aut rescissionis, nam quod nullum est, τὸ μὴ ὄν, non capit terminos habiles rescissionis, verum posteriores actu judiciali infirmare debent testamentum per petitionem bonorum possessionis, aut querelam inofficiosi. Priores, inquam, recta via petere possunt hereditatem, de qua testamento nullo aliter dispositum erat, posteriores non prius, quam rescinderent tabulas testamenti, *dd. ll.* Sand. *lib. 4. decis. tit. 1. def. 2.* Sed ut viæ nullitatis, quæ Jure Latino præscriptæ sunt, moribus hodiernis exiguum habent usum; ita in hac specie plerisque locis Europæ cessat nullitas; eo quod jus Suitatis, unde filii familiarum præteriti, testamenta simpliciter nulla dicunt, passim vere sublatum est: Ideoque liberi utriusque sexus, tam emancipati quam sui, præteriti atque exheredati, Testamentum, in quo male habiti vel neglecti sunt, promiscue per Querelam Inofficiosi expugnant. Grot. *Introd. Jur. Hol. p. 18. n. 11. 12. 13.* Gudelin. *de jur. noviss. l. 2. c. 5. vers. posterior. in fin.* Autumn. *Confer. in Auth. novissima. C. de Inoff. testam.* Groenew. *in pr. ad h. tit.* Sed in Frisia, locisque aliis juris scripti, ut effectus patriæ potestatis omnes pene manent integri & usitati sunt, ita hac parte nihil de re civili mutatum agnoscimus; sed liberi in potestate constituti, testamenta parentum, in quibus sunt præteriti, pro nullis habent, & talia dicunt. Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 1. & 2.*

6. Sed, cum res & constitutiones Civiles effectis æstimentur, quæri debet, an hoc discrimen conspicua quædam vestigia fori habeat. In promptu

ptu est id adfirmare; nam cujus favore testamentum est ipso jure nullum, is immediate potest hereditatem petere, cum reliquis in anteceſſum opus ſit reſciſſo teſtamento, ſicut *antea* diximus. Sed an non hæc diſcrepantia magis in verbis, quam in re conſiſtere videtur? Nam *dicere nullum* teſtamentum, æque in judicio fieri debet ac *reſcindere* ibi fiat; declaratio enim judicis ſuper nullitate, & in eum finem judicialis inſtantia, eſt neceſſaria in foro; nec adeo multum refert ad compendium adipiſcendi bona, quo genere actionis experiaris: Nam etſi *nullum dicere*, forte non ſit actio, eſt tamen judiciale remedium, quod in foro ad inſtar actionis redigitur. Denique, ficut is, qui nullum dicit, ſimul petere poteſt hereditatem; ita & is qui habet querelam, in effectu idem facere poteſt; ſiquidem in una eademque concluſione, peti poteſt reſciſſio teſtamenti, & heredis declaratio, hereditatisque reſtitutio, ut omni die videmus. Quid igitur in ſumma refert, utrum ſubtilitate juris nullum eſſe dicam teſtamentum, an, quod praxis alibi vult, per querelam reſcindatur?

7. Sunt tamen effectus differentiæ notabiles; Nam in querela diſputatio ingratitudinis vertitur, quæ facti circumſtantiis intricatior eſt, nullitatis vitia plerumque palpabilia ſunt. Querela ſolam heredis inſtitutionem reſcindit, reliquis teſtamenti capitibus ſalvis, *Nov. 115. c. 3. §. 13. verſ. ſed hæc quoque. & §. ult.* Teſtamento nullo, cuncta labuntur, ne legatis quidem fideique commiſſis valentibus, *l. 4. C. de lib. præt. pr. I. de Exhered. lib.** Denique Inofficioſi querela quinquennio finitur, *l. 8. §. 5. ff. de Inoff. teſtam.* Nullitatis remedia nullis in jure ſpatiis circumſcripta leguntur, niſi longiſſimi temporis, *l. 3. & l. 7. C. de præſcr. 30. vel 40. annor.* Amplius, ante reſciſſionem per querelam, Teſtamentum valet; ubi nullitas arguitur, perinde habetur ac ſi inde ab initio nihil dictum, factum eſſet; hæc enim toto jure notiſſima *τὸ reſcindi* & *nullum eſſe* conſtat eſſe differentia. Hinc duobus teſtamentis factis, ſi poſterius ſit ipſo jure nullum, prius valet, heredesque in eo ſcripti hereditate potiuntur, *l. 16. §. 1. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* quod ſi poſterius querela reſciſſum fuerit, prius teſtamentum non valet, ſed teſtator ad cauſam inteſtati redigitur, *l. 6. §. 1. de Inoff. teſtam.* Uſum & exemplum vide apud Sandium *lib. 4. tit. 2. def. 1.*

8. Præteritionem matris aviquc materni, pro exheredatione haberi, notum eſt ex *§. ult. Inſt. h. tit.* ſed quærit Sandius *l. 4. tit. 2. def. 2. verſ. illud exemplum eſt.* ſi avia nepotem præterierit, nulla certa cauſa expreſſa, utrum querelæ tum locus ſit, an vero teſtamentum ſit nullum. Plures utriusque ſententiæ Auctores laudat Sandius, Curiæque ſententiam refert pro nullitate, tametſi ipſe in diverſam partem inclinare videatur, *verb. multi probabiliter diſputant.* Sed revera Auctores illi non agitant controverſiam de præteritione matris avique materni; ſed de ipſa exheredatione, quam Juſtinianus in *Nov. 115. c. 3.* vult fieri cum expreſſione certæ cauſæ; qua omiſſa, exiſtimant multi, exheredationem utpote contra legem factam, eſſe nullam, *arg. l. 5. C. de LL.* At in præteritione videtur hæc quæſtio carere terminis habilibus; nam præteritio per ſilentium committitur, ut paſſim videas; *ſilentio præterierit*, ut eſt in *pr. Inſt. de Exhered. lib.* Idcirco abs re videtur, in præteritione velle requirere certarum cauſarum expreſſionem, quæ exheredationi tantum conveniat. Auctores etiam, quos Sandius citat, quæſtionem illam de exheredatione ſola tractant, inquam, & præteritionem maternam ei per conſequentiam annectunt; hoc modo: Qui ſent'unt, exheredationem ſine cauſa factam, querela excipiendam eſſe, ſtatuunt idem de præteritione materna ſimpliciter; Qui volunt, teſtamentum exheredatione ſine cauſa nullum fieri, ſtatuunt idem de præteritione matris: nec applicant ei diſcrimen expreſſæ vel non expreſſæ cauſæ.

Summa igitur huc redit; Vera juris civilis ſententia eſt, exheredationem a Patre, vel præteritionem a matre factam, locum facere querelæ inofficioſi, quæ per *Nov. 115. c. 3. & 4.* minime eſt abolita, cum paſſim infirmationis, reſciſſionis, evacuationis, quæ verba nullitati non conveniunt, meminerit. Verum ſi cauſa non ſit expreſſa, quod in præteritione ſemper fit, reſciſſio cum effectu indiſtincte procedit, ex noviſſima Juſtiniani Lege *d. Nov. c. 3. in pr.* Adjecta cauſa, de veritate ejus & probatione quæritur, ac inde pendet ſucceſſus querelæ, quam alii Doctores hoc ſolo caſu uſum habere volunt.

Horum ſententia in Foro, quin & in Curia noſtra, prævaluit olim, infinitisque judiciis approbata eſt: conſequenter, exheredatione ſine certa cauſa facta, teſtamentum erit ipſo jure nullum;

* Sunt tamen multi Dd. in ea ſententia, teſtamentum ob non rite factam exheredationem nullum, non corruere, niſi quoad ſolam heredis inſtitutionem. v. Stryck. *Uſ. Mod. D. §. 7. b.*

jure, quod in foro valet, idem fit in causa præteritionis; Causa expressa, Querelæ judicio locus est, scilicet in casu exheredationis; in præteritione vix est, ut expressio causarum peti possit.

9. Emancipati præteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas jure prætorio, *§. 4. h. t.* quam nulla fere pars Europæ agnoscit, bonorum possessionibus dudum in usu detritis, toto jure prætorio cum jure civili in unum confuso, testibus omnium Gentium, quos citant Vinnius *ad tit. Inst. de bonor. poss. & Voetius ibid. & ad fin. hujus tit.*

Imo non desunt, qui jure civili novissimo, discrimen hoc inter suos & emancipatos sublatum esse putant, auctore summo viro Cujacio *in not. ad Ulpian. tit. 10.* quem & ratio non spernenda movet: eo quod emancipatio non sit hodie capitis diminutio, quod nos etiam probavimus *lib. 3. Digress. cap. 6.* Sed res inde non pendet; verum a suitate, quæ oritur e patria potestate, *pr. Inst. h. t. & §. 2. Inst. de Hered. qual. & diff.* Atqui hoc respectu differentia emancipatorum a liberis, qui in potestate sunt, etiamnum manet; etsi enim emancipatio maxime non sit capitis diminutio, sine dubio tamen est modus solvendi patriam potestatem. Rectius igitur plerique alii, discrimen hoc præteritionis hodieque tenent, quos inter Perez. *ad tit. C. de lib. præt. n. 4.*

Sed quia toto jure civili, expresse non abolito, utimur in Frisia, dubitet aliquis, an apud nos æque ac alibi bonorum possessiones sint abolitæ. Esse abolitas, probant hæ rationes: I. Bonorum possessio est jurisdictionis Prætoriæ, quæ apud Romanos a jure civili more ac ratione discrepabat; hodie nulla ejusmodi differentia superest, ut omni Europa, ita nec apud nos. II. Quod Vinnius scribit ad *d. §. ult.* *In his regionibus utimur tantum aditione sive agnitione hereditatis civili: bonorum possessionis nullus usus.* æque apud nos visum iri plerisque, nullus dubito; nec adeo dubitabunt adfirmare, qui in foro versantur, id nec aliter in judiciis nostris servari, bonorum possessiones usu constanti, in & cum hereditatibus esse resolutas. III. Videtur & in Statutis aliquid esse, quod huc pertineat, *lib. 1. tit. 17. artic. 3.* ubi *heredibus datur facultas, occupandi hereditates, in quas successerunt, non expectata judiciali immissione in possessionem illorum bonorum.* Atqui bonorum possessiones, etsi per legem Constantini solennitatibus antiquis exemptæ sint, judicis tamen additionem & auctoritatem hodieque requirunt, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* cujusmodi judicis interventus, & hoc statuto tollitur, & plane ab usu nostro remotus esse videtur. Porro si abrogata sit bonorum possessio contra tabulas, nihil reliquum est pro liberis emancipatis præteritis, quam ut Testamentum dicant nullum, ac ita discrimen suorum & emancipatorum hac etiam parte sit sublatum.

10. Sequitur de quasi-Posthumis, hoc est, de nepotibus, qui post mortem patrum existentium adhuc in propriorum patrum potestate, loco *suorum* Avis agnascebantur, ut habes *in §. 2. Inst. h. t.* hoc nostris moribus, æque ac alibi abolitum esse, certum est, quia nititur hæc Agnatio posthumorum eo fundamento, quod patria potestas etiam post nuptias liberorum durabat: At cum Jure nostro, liberi, nuptiis rite contractis, exeant e patria potestate, *suique* esse desinant, sequitur, nepotes nunquam suos fieri posse respectu avorum, cum sint in potestate genitorum; sicut Romanis legibus nepotes e liberis emancipatis non recidebant in avorum potestatem, *§. penult. Inst. de Adoption.*

11. Dicendum quoque de veris posthumis. Hi exheredati habent querelam, *§. 2. in fin. Inst. de Inoff. testam.* præteriti a patribus rumpunt testamentum agnascendo, *§. 1. h. t. Inst.* a matre avoque materno præteriti, queruntur etiam de Inofficioso, *d. §. ult. ejusd. tit.* Hæc alibi forte gentium negliguntur, apud nos haud perinde; nisi quod de præteritione superius dictum est, *eam testamentum indistincte facere nullum,* hoc in posthumis secus se habere; Nam testamentum, in quo posthumus, sive filius necdum natus, (in filiabus idem juris esse, notum ex *§. 5. h. t.*) silentio præteritus est, ab initio valet, neque rumpitur, nisi postquam filius lucem salutaverit, quo eventu existente, testamentum sine ullo actu judiciali, contra quam in casu Querelæ evanescit & vitiatur, ac si inde ab eo tempore nullum esset, *d. §. 1. Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Posthumo igitur in partu vel abortu pereunte, manet validum, sicut erat, testamentum, secus ac in casu nullitatis accidit; imo si vivo testatore posthumus non vivax, iterum expiraverit, jure prætorio convalescit, & vim suam recuperat testamentum, *l. 22. de Injust. rupt. testam.* Testatore vero mortuo natus, licet illico decesserit, nihilominus ruptum manet testamentum, *l. 2. C. de Posth. hered. inst.* etsi vocem quidem emiserit, *l. pen. eod. tit.* Exceptionem intelligas esse in *l. 3. C. de Inoff. testam.*

Quod

Quod autem superius dictum est, Agnatione posthumi posthumæve testamentum ita rumpi, ut sine ullo actu judiciali jus ejus vitietur, id ita capiendum est, sicut ante dictum de nullitate; Vi legis testamentum per se ac immediate exinanitur habeturque pro eo quasi non esset; effectum tamen in foro posthumus contra scriptum heredem invitum, adeoque possessionem hereditatis, sine judicis officio ejusque imploratione, non potest obtinere, quod res ipsa per se loquitur.

12. Adoptivi liberi hac in parte singulari jure gaudent, quod exponitur *in §. 4. & §. 5. in fin. I. d. t. & §. 14. Inst. de Success. ab int.* Adrogati omnes & adoptati ab aliquo adscendentium, eodem modo sunt exheredandi vel instituendi, quo liberi naturales; adeoque præteriti jure nullitatis utuntur, sed ab aliis, qui hoc loco *extranei* dicuntur, adoptati impune silentio præteriri possunt. Usus differentiæ pendet ab usu vel inusu adoptationis; quam plerisque locis exolevisse, apud nos rarius quidem usurpari, minime tamen abrogatam esse, diximus ad *tit. I. de Adoption. in fin.*

TIT. III.

De Injusto, Rupto, irrito facto Testamento.

I. Collatio modorum infirmandi testam. cum Moribus. II. An testamentum posterius non tollat bodieque prius ipso Jure. III. Utrum secus obtineat, si in posteriori sit heres ex re certa. IV. An, cum duo pariter fecere testamentum, possit impediri, quo minus alter mutet voluntatem. V. De vi clausulæ Derogatoriæ in futurum. VI. An adhuc capitis diminutione Testamenta infirmentur.

HUjus Rubricæ expositionem dedimus *ad tit. Inst. Quib. mod. testam. infirm. p. 204.* Ut heic nihil quam collatio cum usu hodierno supersit. Infirmantur testamenta vel inde ab initio, vel ex postfacto. Ab initio, per præteritionem liberorum, qui in potestate sunt, & omissionem solennitatum. Ex postfacto infirmantur jure prætorio, vel jure civili. Ex prætorio datur bonorum possessio contra tabulas, quam tamen moribus hodiernis abolitam esse, pluribus approbatum est *ad tit. praced.* Jure civili Testamenta rumpuntur, irrita fiunt, destituuntur, aut rescinduntur, *t. b. tit.* Rumpuntur agnatione sui heredes, & posteriori testamento æque perfecto. Agnatio est vera, vel quasi talis. Vera, cum testatori posthumus agnascitur, qui in potestate sit, atque hanc speciem hodieque esse cognitam, æque *superiori tit.* probatum est. Quasi-agnationis variæ sunt species, *§. 1. b. t.* I. cum nepos avo in locum patris fit suus heres; quod hodie non fieri nec perinde hac ratione vitiari testamentum, monuimus *ibidem.* Altera, cum testator filium adrogavit, vel adscendens adoptavit, *§. 1. b. t.* Tertia, cum testator post factum testamentum naturalem filium legitimavit, *d. §. 1.* Has species posse quidem usum hodieque habere, sed raro usu venire, similiter antea *suis locis* docuimus.

2. De ruptione, quæ fit per posterius testamentum æque perfectum, plura dicenda erunt. Positio Cæsaris est; Posterius testamentum rumpit prius, ipso jure, licet non revocetur, *§. 2. in pr. l. 27. C. de Testam.* Contra *moribus hodiernis Testamentum posterius non rumpit prius ipso jure, verum ut prius sit ruptum, posteriori subjicienda erit clausula revocatoria prioris, saltem generalis.* verba sunt D. P. Voetii *ad b. tit. n. 2.* citatis pluribus claris scriptoribus pragmaticis; addito, videlicet, si posterius testamentum revocatoria clausula destitutum, contraria tamen priori testamento contineat, hactenus quoque tolli prius testamentum, etsi non adsit formula revocandi. Quicquid de moribus quarundam Gentium sit, nihil causæ video, cur hic articulus juris Romani apud eos, qui jure civili utuntur, sublatus videri debeat. Sandius utique regulam hanc juris notissimam esse, tradit in *lib. 4. tit. 1. def. 10.* quanquam auctoritas ejus hic supervacua est, in re, de qua neminem in foro nostro dubitare scio; cum & ratio, quæ juris Romani est, hodieque maneat, ab heredis institutione petita, quæ cum universalis & infinita sit, nihil excludens, *l. 24. ff. de V. Signif. l. 62. de R. J.* merito ἀσύςατον videtur, ut duæ dispositiones infinitæ respectu ejusdem hominis earundemque rerum valere possint. Intelligendum hoc autem; quando testamentum posterius, jure solenni factum est, ex mente ipsius Justiniani in *d. §. 2.* verbis, *posteriore testamento, quod jure perfectum est,* non de imperfecto clausula codicillari subnixo. Atque hinc arbitror, id apud alios universo usu invaluisse, ut nunquam ipso jure prius rumpatur per posterius, quia multi ita servant, ut

inter testamenta codicillosque nihil interesse putent.

3. Hinc illud observandum; In priore testamento heres ex asse scriptus est, in posteriori heres ex re vel rebus certis, superius tamen testamentum sublatum esse, docet Imperator *in §.3.* quia scilicet, rei certæ mentio detrahitur & pro herede ex asse habetur, *l. 41. in fin. de Vulg. & pup. subst.* Quia vero, sicut pridem monuimus, mores passim ita fuerunt, ut rei certæ institutio valeat secundum literam, & reliqua bona ad heredes ab intestato pertineant, ratio vult, ut eo casu posterius testamentum non tollat prius, nisi quod attinet ad res in secundo testamento expresse relictas, ut Grœnewegius observat ad *§.3. d. tit. Inst.* Apud nos, qui alioqui jus civile retinemus, idem juris sit oportet, quando vi clausulæ codicillaris efficitur, ut dispositio de rebus certis per modum fideicommissi obtineat, per ea, quæ ad *tit. I. de Codicill. in fine* dicta sunt.

4. Quid juris sit hac parte, cum duo pariter iisdemque tabulis fecere testamentum, diximus *ad prædict. tit. n.3. pag. 205.* ubi laudat hac parte D. Voetius *ad §.3. d. tit.* ut communem jurique magis convenientem sententiam, quæ a nobis *d. n.3.* collocata est, posse alterum ignaro altero, mutare pro sua parte testamentum communi voluntate conditum.

Sed addit exceptionem, *nisi communi testamento adjecta fuerit clausula de non revocando, nisi conjunctim, & non aliter;* mihi ne hæc quidem exceptio admittenda videtur. Obstat enim & huic regula, quod nemo sibi ipsi possit adimere facultatem testandi mutandique voluntatem, etsi per jusjurandum, Peck. *de testam. conjug. c. 43. in pr.* sive autem hac limitatione, *nisi conjunctim,* sive simpliciter, ratio respectu hujus regulæ est eadem. Neque vero majorem vim a conventione testantium adipisci potest, quia talis consensio repugnat naturæ testamenti atque unitati contextus, ut sæpius expositum est.

Quia tamen hæc res inter conjuges amicosque tam fallaciter administrata, deformem habet adspectum, maxime, si nullitas liberorum communium aliarumve necessitudinum vertatur, solliciti sunt Doctores de remediis, quibus adsequi possunt, ne alter, altero invito, a communi testamento recedere possit.

Peckius in *lib. 1. de Testam. conjug. cap. 43. n. 5.* proponit hanc rationem, ut singuli conjuges cum alterius consensu non tantum de suis, sed & de ipsius bonis (alterius qui consentiat,) testentur; *Tunc enim dispositio,* inquit, *etsi revocabilis sit ex parte testantis, tamen ex parte consentientis transit in contractum & est irrevocabilis.* Putat autem ejusmodi contractum posse inferri testamento, quoniam initus est super eo, quod ad testamentum pertinet, ut differit *num. 7.*

Enimvero talem contractum non vitiare testamentum, concedi potest, verum ut solennis ejusmodi conventio ineatur in testamento, ac inde nascatur actio e contractu, sicut debebat, inauditum, neque ferendum videtur, ut jus ultimarum voluntatum actuumque inter vivos eo modo confundatur, qua de re diximus in *tit. Inst. de Testam. ordin.* Proinde ejusmodi contractus ipsi testamento insertus, non erit contractus, sed adseveratio solius testantis, quæ licet jurata, nihil tamen juris tribuit alteri, sed ad solius adfirmantis conscientiam pertinet. Ideoque si tamen revocetur ejusmodi testamentum, nemo contendere potest, jus ex eo quæsitum sibi esse ademptum; viventis enim nulla fuit hereditas aut testamentum, *l. 1. ff. de Hered. vel act. vend.* Vix est igitur, ut hoc aliter quam extra testam. de rebus certis locum habere possit, a quo neque Peckius videtur alienus.

Quid si ante vel post testamentum factum, ineatur pactum inter conjuges de non mutando testamento, vel quo alter alteri det potestatem de suis bonis disponendi, hoccene valebit? Videbatur posse valere, quia tum cessat ratio superior, quæ vetat in ipso testamento celebrari contractum; idem quæ dicit, nulli jus acquiri ex adseveratione solius testatoris. Nam si loca juris, quibus traditum est, neminem posse sibi ipsi adimere potestatem testandi, inspicias, hoc fundamento ea niti videbis, quia non potest fieri, ut aliquis sibi legem ponat ipse, quam servare cogatur; quo enim jure posuit legem, eodem rursus eam tollere potest. Cogendi facultas ab alio proficisci debet, qui hic non intervenit. Ita est in *l. 22. ff. de legat. 3. l. 6. §. 2. ff. de jur. Codicill. l. 7. §. 8. ff. de donat. int. vir. & ux.*

Proinde, cum in conventione inita extra testamentum alius alii devinciatur, hoc vinculo necessitas coutineri videbitur, quia nimirum, ex quo semel consensus additus est, locum non habet contradictio, seu recantatio, ait Peckius ex *l. sicut C. de O. & A.* Nec obstare textus citatos, cum loquantur, inquam, de lege, quam sibi quisque suo solius

folius arbitrio dixerit, non de lege duorum voluntate contracta.

Verius tamen videtur, non obstante tali pacto, testamentum posterius factum valere; quia contractus & ultimæ voluntates sunt res ita separatæ, ut hæ per illos impediri non debeant, neque possint, adeo ut ne quidem pactis dotalibus de futura successione, testamenti factio cuiquam adimatur, *l. 15. C. de Pact.* nec conventio de reciproca successione valere dicatur in *l. 19. C. eod.* Quid autem est aliud hujusmodi pactum de non mutando testamento, quod alter in alterius favorem, vel utrique mutua gratia fecerint, quam Conventio, *ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur,* quod prohibitum est *d. l. 19.?*

Atque hæc sine dubio secundum juris civilis rationem, nisi fallor, apud nos servabuntur. Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 7.* ubi, *Pactis hereditas non datur &c.* Sed de Pontificis rescripto quid dicemus, qui in *cap. cum tibi. X. de Testam.* sic ait; *Qui in extremam voluntatem alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus?* His verbis non indicatur pactum, quo alteri fiat potestas de nostris bonis disponendi, sed accipienda sunt de testamentaria declaratione, qua testator alteri dat potestatem sibi heredem constituendi, vel de suis bonis disponendi; quod nec jure civili prohibitum videtur. Quid enim hoc aliud est, quam institutio heredis incerti & postea nominandi? quemadmodum si testator in testamento dicat: Quem codicillis nominavero, is heres esto, *l. 77. ff. de hered. instit. l. 10. ff. de condit. inst.* non est tunc heres institutus, nec tamen intestatus moritur paterfamilias, sed exitus docebit, utrum sit testatus an intestatus, prout heres vel in codicillo dictus reperietur, vel desiderabitur. Eodem modo, si is, cujus voluntati nominationem heredis testator permiserit, eam deinceps expresserit, inde ab initio testatus fuisse videbitur is, de cujus bonis agitur, alioqui intestatus. Huc igitur omnia redeunt; quoties duo testatores in iisdem tabulis voluntates suas condunt, esse duo testamenta, quorum ut alterum inde ab initio valere & alterum non valere potest, ita quoque postea, singuli voluntatem suam mutare possint, non modo superstes post obitum alterius, sed etiam alter, altero vivente & ignorante. Quæ res adeo Curiæ nostræ indubitata visa est, ut cum duo conjuges bina reciproca testamenta fecissent, ac mulier sola posterius conscidisset, priore salvo, vir tamen ne quidem ex priore testamento, ut rupto, ad hereditatem admissus sit, quod in aliam quæstionem incidit, quæ ad *tit. sequ.* occurret, *in causa Nicolai Wiggeri contra Gerryt Jans. d. 16. Jul. 1658.* apud Nautam.

Quid vero tandem, si pœnam ab se invicem stipulentur extra testamentum, hoc modo, *si testamentum mutaveris, mille aureos mihi heredibusve meis dare spondes? Spondeo.* Numquid adeo derogatio voluntatis improbi moris videbitur, ut hæc rei illicitæ stipulatio dicenda sit? Non putem; originalis enim ratio, quod illa derogatio non valeat, est, quia, si contra fiat, nemo est, qui ex priori contraria voluntate jus sibi vindicare possit; juri vero gentium bonisve moribus nihil adversi in hac re continetur. Imo pium honestumque videtur, ut conjuges amicique ultimarum voluntatum communionem ineuntes, se mutuo securos bonæ fidei reddant. Dicendum igitur, hujusmodi stipulationem efficere quidem non posse, quin testamentum postea conditum valeat, etsi convenerit, ne testamentum fieret, ut superius expositum est; sed quo minus pœna pecuniaria in stipulationem deducta, valeat hac gratia, nihil obstare videri, & dabitur actio: Manet igitur jure nostro, quod testamentum posterius rumpat prius, ipso jure, licet in posteriori non sit adjecta clausula derogationis, per quam prius aboletur.

5. Sed in foro nota est duplex clausula Derogativa; prima est ea, quam diximus, & quæ posteriori testamento inseritur; altera primo testamento adjicitur hoc animo, ut vim secuturi testamenti infringat; dicente Testatore, *si contingat, me posthac aliud condere testamentum, id jam nunc prædico atque declaro me nolle valere, sed hoc testamento defungi cupio.* Quæritur, an si postea novum conditum reperiatur, id valeat, an vitiosum sit vi derogationis præcedentis. Hac de re diximus ad *præd. tit. Inst.* Et tamen quia res magni usus & momenti est, placet paulo pressius agere.

Primo inter omnes constat, eam clausulam non adimere testatori liberam potestatem mutandi testamentum; Id enim juris auctoritati penitus adversum esse, jam comprobatum, & scriptum est in *l. 6. §. 2. ff. de Jur. Codic. l. 4. ff. de Adm. legat. l. 22. ff. de legat. 3.*

Sed hic ultimus textus dedit occasionem Doctorum scholæ, quam fori nostri praxis ut plurimum sequitur, statuendi, posterius testamentum non rumpere testamentum prius, in quo est superior

rior clausula derogatoria, nisi in posteriori illud prius cum sua clausula diserte ac specialiter revocetur; idque *invita Romana jurisprudentia, reluctante ratione, & decisionibus Curiarum diffidentibus*, verba sunt D. Voetii *ad §. 3. Inst. Quib. mod. testam. inf.* Videamus, adeone ea traditio Doctorum toto cœlo aberret, ut nulla probabili occasione profluxerit ex jure Justiniani, quemadmodum pleraque eorum commenta e textibus rationibusve juris aliquando male perceptis derivata videmus.

Non est dubium, quin hæc opinio desumpta sit ex *l. 22. in pr. ff. de Legat. 3.* ubi sic est scriptum; *Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, semel deberi volo: postea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.*

Hactenus convenienter receptæ doctrinæ, voluntatem hominis ambulatoriam esse, prævalere semper ultimum arbitrium, etsi prædixerit testator, id se nolle valere; modo sciens volens postea secus dispofuerit, ut heic ponitur, eademque ratio est in *l. ult. in pr. ff. de legat. 2.* Contra quam in *l. 14. de leg. 1.* ubi priora verba vim adimendi habere dicuntur, sed non additur, *scientem* postea bis legavisse.

At in *d. l. 22.* sequuntur hæc verba; *sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.*

In his verbis manifeste continetur illa sententia Doctorum, derogationem anticipatam voluntatis secuturæ, hanc infirmare, nisi illa derogatio deinde specialiter revocata fuerit; posse revocari, manet extra controversiam; sola voluntatis quæstio est, an, cum testator prædixerit, se nolle valere, quod deinceps testabitur, & dein fecerit testamentum, hoccene tum valeat; an fiat quod prædixit, ut non valeat.

Momentum rei in hoc vertitur, utrum serio recesserit a priori voluntate, vel non, & unde liquere debeat, eum serio mutasse voluntatem priorem? Quod serio recessisse debeat, æque dubio caret. Id enim ex verbo *scientem in d. l. 22.* & ex collatione *d. l. 14. de legat. 1. & l. ult. in pr. de legat. 2.* satis apparet, & omnibus in confesso est. Proinde, si non mutaverit voluntatem testator, derogatio prior retinet abrogandi vim ac potestatem.

Superest, unde liquere debeat mutatio voluntatis. Verba postrema *legis 22.* volunt, eam mutationem diserte in testamento exprimendam esse: Alii sufficere putant, si mutatio vel extrinsecus appareat, & e dictis factisque testatoris quibuslibet intelligi, probarique possit.

Doctores pragmatici communiter secundum verba *d. l. 22.* concludunt, ut Sandius testatur *lib. 4. tit. 1. def. 10. Communiter, ait, Doctoribus placuit, clausulam derogatoriam insertam priori testamento, facere, ne valeat testamentum subsequens, nisi mentio facta sit prioris testamenti illudque expressim revocetur; præsertim, si clausula derogatoria habeat aliquam specialem formam.* in quem usum affectant vulgo illi clausulæ inserere nescio quos versiculos, & cavere, nisi isti versiculi postremo testamento inserti reperiantur, non debere posterius illud valere.

Quando tamen rationes expenduntur, quibus moti Doctores ita sentiunt, intelligimus, eas niti *præsumptione* juris, *quod secundum testamentum, in quo non sit illi clausulæ sufficienter derogatum, ad suggestionem alterius confectum sit potius, quam ex voluntate Testatoris, qui hoc fecisse videtur, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel minis eorum, quibus resistere non potuit*, ut ibidem Sandius.

Unde videtur dicendum, si aliunde quam e verbis testamenti, possit doceri, testatorem posterius testamentum omnino voluisse effectum habere, tum etiam cessare præsumptionem, & consequenter sustinendum esse posterius testamentum, licet in eo nulla sit mentio facta clausulæ prioris derogatoriæ.

Hoc etiam fundamento nititur id, quod Doctores volunt, si decennium sit elapsum inter prius testamentum, quod habet clausulam derogationis, & posterius, tum indistincte posterius effectum habere, quia post tantum temporis spatium credi debet, cessare causam, qua Testator motus fuerat, ad clausulam derogantem priori testamento adjungendam, ne videlicet ad testandum nolens volens adigeretur; præter quod etiam tanto intervallo non potest statui, Testatorem adhuc meminisse clausulæ, quam olim ultimæ voluntati suæ adjecerat. Grassus *§. testam. qu. 89.*

Huic interpretationi, quæ media videtur, nihil obstat, nisi textus in *d. l. 22.* quæ requirit specialem revocationem ipsi testamento insertam: Cujacius *lib. 14. observat. c. 7.* disputat haud de nihilo, verba

verba illa postrema, quibus revocatio specialis inculcatur, non esse ab Hermogeniano auctore legis ejus, sed a Triboniano; quod equidem haud gravate concesserim, ἡ λαλιὰ γάρ αὐτὸν δηλοῖ, sermo ipse loquitur; eam laciniam non esse tersi illius Hermogeniani, sed Græculi semilatini.

Verum quid hæc ratio diversitatis ad ipsum controversiæ momentum inferat, non animadverto; siquidem Justinianus Pandectas singulaque capita, sicut ei a Triboniano oblata sunt, approbavit; legesque non Hermogeniani, Pauli, Ulpiani, aliorumque sunt Jureconsultorum, sed ipsius Justiniani, qui cuncta sua fecit, nominibus Auctorum solummodo præfixis, ut ne quid eorum laudi detraheretur, *Constit. Tanta. §. 1. & 10.* Adeo ut observatio illa, quid a Triboniano interpolatum sit, quid non, philologica potius & historica sit, quam ut diversitatem definitionibus sententiarum juris inferre queat.

Videndum igitur, an ipsa lex, ὡς νῦν κεῖται, ut *jam posita* est, præcise requirat, ut clausula derogandi in sequenti testamento specialiter revocetur; quod non puto; quia non loquitur de duobus testamentis, sed de casu, quo testator in eodem testamento dixerat primo, cui bis legaret, huic semel præstitum iri; momento temporis non potest credi mutata voluntas, nisi expresse revocata sint verba derogatoria priora. Non est eadem ratio in diversis testamentis, verum ibi facilius præsumitur mutatio voluntatis ex alio atque alio testandi actu & interjecto temporis spatio.

Quare, cum hic textus aperte agat de clausula derogante secutaque voluntate contraria in iisdem testamenti tabulis, & nos agamus de pari specie facti, quod diversis testamentis evenerit, nihil obstat, quo minus in nostro casu contenti simus jure communi, quod ita dictat: si quis legem sibi dixerit in futurum, eum ab hac lege posse recedere, modo novam voluntatem contrariam sciens volens condiderit, eaque mutatio voluntatis quovis modo probetur, ut Hermogenianus in *d. l. 22.* non interpolatus loquitur & indicat *lex ult. ff. de legat. 2. cum l. 6. §. 2. ff. de jur. Codic.*

Neque ab hoc intellectu sententiæ illius, fori nostri observatio abludit; quatenus non absolute clausula derogatoria posterius testamentum, in quo revocata non est, infirmat, sed facti circumstantiæ diligenter expenduntur; neque adhuc decisionis exemplum, quod audiverim, extat, ubi clausulæ vis in futurum adserta fuerit, in quo non aliunde probatum erat, semiplene saltem, testatorem ideo clausulam adjecisse, quod prævideret, se a conjuge aut ab aliis hominibus necessariis importune solicitatum iri, contra animi sui sententiam, quo modo exemplum illud a Sandio relatum se habuit, & rursus aliud, me apud Curiam agente, definitum inter *Joh. a Balk cum soc. contra Remerum Antonii d. 13. Decemb. 1680.* quod retuli in Jurispr. vernac. *part. 1. lib. 2. c. 20. n. 31.*

Memini quoque, ubi testamentum posterius approbatum fuit, etsi clausula derogatoria prior in eo non esset memorata, nedum revocata, sed probatum erat, idque non plene tamen, dixisse testatricem se nolle, ut priores heredes successione sua potirentur, & præterea decennium, de quo ad *Inst.* a priore testamento, quod erat munitum derogativa clausula, elapsum erat; tametsi rursum codicillus, interea temporis priori testamento conformis fuerat compositus, *in causa Everardi Bornæi &c. contra ..... ab Hinkena cum soc. anno 1669.*

6. Sequebatur, quo pacto testamentum fiat irritum. Id accidit capitis diminutione maxima, media, minima, *§. 4. & seq. Inst. h. t.* Cum vero dictum sit pridem, capitis diminutiones abolitas esse moribus nostris, palam videtur, testamenta quoque non posse ex hoc capite irrita fieri. Est tamen ut ne absolute id affirmare liceat; videntur enim vestigia quædam capitis diminutionis etiamnum remansisse apud nos sane & omnium quidem specierum, quod ad hanc rem attineat.

Primo de minima diminutione capitis exemplum est, si quis adolescens sui juris, facto testamento, dederit se arrogandum, hujus testamentum hodieque nostro jure fit irritum, quia filiusfam. non potest decedere cum testamento, ut probavimus *in tit. Quib. non est permiss. fac. testam.* & arrogationem non esse obsoletam probavimus *ad fin. tit. Inst. de Adoption.*

Maximam olim capitis damnati patiebantur, *l. 29. ff. de pœn.* hodie quidem servitus pœnæ, ita ut olim, nulla intelligitur, *Nov. 22. c. 8.* sed tamen capitis damnatos hodieque testamenti fa-

ctionem amittere probavimus, * *ad tit. Inst. Quib. non lic. test. fac. sub fin.* An ergo & per sententiam testamenta eorum pridem facta infirmantur? Ita jure antiquo sine dubio, *l. 6. §. 5. & seqq. ff. de injust. rupt. irr. test.* Et supra diximus, etsi rationes, quas propter damnati capitis, olim jure faciendi testamenta carebant, hodie cessent, ipso quoque jure Novellarum, scilicet publicatio bonorum & servitus pœnæ; tamen eandem prohibitionem in gratiam propinquorum adhuc continuari.

Consequenter, si in eum statum devenerit Testator, ut propter damnationem capitalem non possit facere testamentum, id quod antea fecit etiam interire necesse est, per *d. l. 6. §. 5. & seqq.* accedente eadem ratione, quam in non faciendo valere diximus, quod publicatio bonorum, *N. 135. c. ult.* remissa sit in gratiam proximorum, ut ad eos bona pervenirent, cum quo sine dubio libera testamenti factio non congruit.

Mediæ capitis diminutionis exemplum adhuc esse videtur, si quis hostis patriæ sit declaratus, *l. 5. §. 1. ff. de Cap. dimin.* Ideoque talis hominis Testamentum antea factum perinde fit irritum, *d. §. 4. & seq. h. t.* Idem de proscripto, qui omnium ictibus expositus & per Edictum libere ab omnibus occidi permissus est; si hanc non potius ad maximam capitis diminutionem referamus, si quidem pro mortuo haberi videtur. De revocatione testamenti, nullo novo condito, prolixe disputatum est *ad d. tit. Inst. num. 9. & seqq.*

Postremo placet addere duas observationes; Prima hæc est; Quanquam prius testamentum scriptum sine dubio rumpitur per posterius nuncupatum, *§. 2. Inst. Quib. mod. testam. infirm.* si tamen in posteriore nuncupativo Princeps aut aliquis e potentioribus heres sit dictus, non rumpitur prius, *l. 20. C. de Testam.* Magis ἀπεροσδόκητον hoc est, quod Testamentum parentis inter liberos per posterius rumpi non potest, nisi solenniter factum & prius expresse revocatum sit, *Nov. 107. c. 2.* tametsi prius solenne per posterius jure privilegiato factum alioqui rumpatur, *l. 2. h. t. V. l. 36. §. ult. de Testam. mil.*

Tit. IV.

De his, quæ in Testamentis delentur & inducuntur, vel inscribuntur.

I. Philologia verborum. II. Quid juris, si deletio inconsulto sit facta, ad l. 1. §. 1. h. *III. Verus ejus sensus. IV. De duobus testamentis uno exemplo factis quæstio. V. Alia super iisdem. VI. Quid juris, si posteriore testamento abolito, prius adhuc extet. VII. Duo in hanc rem exempla rei judicatæ.*

Sicut voluntate Testatoris expressa, sic etiam reali tacitaque revocantur Testamenta; quod fit delendo, inducendo, *Rubr. h.* cancellando, *l. 2.* inscribendo, concidendo, signave turbando, *l. 22. §. 3. Qui testam. fac.* Delere est *delinere*, unde contracta vox, idque fit stylo, ut videtur, acuto. Inducere, est inversum stylum imprimere scripturæ; quanquam & acuto fieri potest, quod aliter & proprie est *perducere*, *l. 1. fin. pr. h.* Cancellare est per latam scripturam ducere lineas, quasi cancellos. Inscribere, idem, nisi fallor, est, quod *superscribere in l. 1. §. 1. in fin. h.* ubi superscripsit Testator, se adimere quod scriptum. Sueton. *in Nerone sub fin.* de carminibus Neronianis autographis; *Ita*, inquit, *multa & deleta & inducta & superscripta inerant;* Eadem triga verborum, quæ est in hac Rubrica, nisi quod pro *inscribuntur*, illa habet *superscrib.* Hæ inscriptiones rursus induci poterant, quæ *superinductiones*, ut puto, vocantur, in *d. l. 1. §. 1. h.* Conciditur etiam quod *inciditur*, *l. ult. tit. praeced.* quin imo, si linum, quo ligatæ sunt tabulæ, incisum sit, testamentum vitiatur, *l. 1. §. pen. de Bon. Poss. sec. tab.* quod noli putare his diebus habere locum. Suetonius refert, tempore Claudii contra falsarios repertum, ne tabulæ nisi pertusæ ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur, ut ipsum linum signo contineretur, nec legi testamentum posset, nisi lino inciso ruptisque signis, *l. 28. §. 1. de Liber. leg.* Quod a moribus

* At Jure Saxonum eis jus testandi non ademtum censeri, supra dixi *P. I. p. 38.* ob *p. 3. C. El. 6.* nisi bona scilicet fisco addicantur, *d. C. §.* So *constituiren.* ibique Carpz. *def. 1. sq.* In crimine tamen hæreseos, apostasiæ & veneficii testamenti factionem damnatis denegat Coler. *p. 1. dec. 34. n. 6. sq.* j. Richter. *dec. 57. j. l. 4. §. 5. C. d. haret. l. 3. & l. 4. C. d. Apostat.*

bus nostris alienum esse omnibus constat, *in vita Claud.*

2. Hæc omnia & singula vitiant testamentum, si consulto facta sint a Testatore. Si inconsulto evenerint, nihil nocent, *l. 1. §. 1. h. d. l. 1. §. pen. de b. p. sec. t.* Proinde si Testator mente captus tabulas inciderit aut scripta deleverit, non ideo minus adiri potest hereditas ab his, qui scripti sunt heredes, *l. ult. de Injust. rupt. irr. f. testam.* modo legi possunt; nam quæ legi nequeunt, perinde habentur, ac si non essent, *l. 1. in pr. h. Legi autem sic accipiendum, non intelligi, sed oculis perspici, quæ sunt scripta; cæterum, si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur Legi posse, §. 3. d. l. 1.* Quid hoc, *si extrinsecus intelliguntur*, an ea non debentur? *Imo etsi totum testamentum* legi non possit, imo *etsi non extet, tamen constat valere omnia, quæ in eo scripta sunt, §. 3. d. l. 1.* Unde nisi extrinsecus intellectum sit, quod in eo relictum fuerit? non potest hoc aliter. Quid est igitur illud *extrinsecus?* Gothofredus nihil habet nisi regulam, *Legi posse quod oculis perspici potest*, quod scire juvet, videlicet. Basilici diserte habent contrarium. Sic ajunt; Τότε δ' ἀπαιτοῦνται, ὅτε θεωρεῖσθαι καὶ ἀναγινώσκεσθαι δύνανται ἢ ἀποδειχθῆναι δύνανται, κᾂν μὴ ἀναγινώσκωνται. *Tum relicta peti possunt, quando perspici & legi possunt, aut quando probari possunt, etsi legi nequeant.* Probatio ejus, quod legi non potest in testamento, *extrinsecus* peti debet; hoc est, aliunde quam ex testamento. Ita, *Si extrinsecus suspendatur Legatum, non ex ipso testamento, l. 6. D. Quando Dies Leg. ced.* Alibi, *In causa, quæ agebatur, aliquid pronunciatum sit, an quædam extrinsecus, l. 13. §. 7. de His, qui infam.* & passim *alibi.* Sed intellectum *extrinsecus* advenientem repudiat Ulpianus in hac *l. 1. §. 1.* Basilici interpretes probant, admittendam esse probationem *extrinsecus*, hoc modo, Ἐπειδὴ ἡ διαθήκη εἰ καὶ μὴ φαίνεται, ἔῤῥωται τὰ ἐν αὐτῇ ἑτέρωθι δεικνύμενα. *Quoniam etsi testamentum non extet, in eo relicta valent, si aliunde probantur*, quod petitum ex *d. §. 3.* quibus Basilici ostendunt non esse interpretes se κατὰ πόδας, sed glossatores, vel potius emendatores suo arbitratu: nam glossa debet explicare non corrigere quod positum est. Azo in *gl. ad h. t.* τὸ *extrinsecus*, ita exponit; *Alicujus ingenio vel subtilitate, non ex ipsa litera, nec ex vi ipsius litera, Sed ex his forte, quæ præcedunt in testamento vel quæ sequuntur.* At hoc non est *extrinsecus*, colligere ex ipso testamento, quid in uno ejus loco scriptum fuerit.

3. Videamus, an non ita potius; Quæ inconsulto deleta sunt ante consummationem testamenti, ea si legi nequeant, non debentur, *d. l. 1. §. 2.* etsi aliunde, velut ex protocollo sive *minuto*, ex quo testator ipsum testamentum scripsit aut scribi jussit, vel testibus probari possit, quale id fuerit, quod deletum est; quia, si voluisset hoc valere Testator, alio loco rescripsisset, quo non facto, videtur in eo, quod inconsulto factum erat, acquievisse. Quare ea, quæ deleta sunt inconsulto, post consummatum testamentum valebunt, ut Basilici tradunt, nec ipse non Ulpianus, si aliunde probari aut intelligi possint, utique si certo & explorata: quemadmodum etiam *vi inconsulto* sine dubio constare debet: Nam alioqui in dubio præsumendum videtur, ea, quæ deleta reperiuntur, a Testatore fuisse deleta, si tabulæ in ipsius manibus fuerint: Nam prout alioqui præsumptiones variant, huic aut illi probatio incumbet, secundum ea, quæ de præsumptionibus dicta sunt *ad tit. de Probat. & Præsumpt. n. 14. sequ.* De hac etiam positione, quæ est in *d. l. 1. §. 2. Si totum testamentum non extet, valere tamen, quæ in eo scripta sunt*, quam difficulter usum habere possit, egimus ad *tit. de Fid. instrum. n. 30.* Porro quod vulgo dicitur, utile per inutile non vitiari, nullibi quam heic evidentius usu venit; quia tantum ea, quæ inducta sunt, valere desinunt, reliqua nihilominus debentur; Adeo, ut si vel heredis nomen sit deletum, reliqua tamen subsistant, ut docet memorabile decretum Cæsaris Antonini in *l. 3. h. t.*

4. Supersunt duæ tresve Quæstiones. Prima, si ex duobus testamentis uno tempore unoque tenore compositis, ab iisdem testibus signatis, alterum sit abolitum, hereditas ab iis, qui in eo, quod superest, scripti sunt, nihilominus peti potest; nisi constet, hoc animo abolitionem a Testatore esse factam, ut intestatus moreretur, *l. ult. h.* quod ab actoribus probandum, vel potius ab iis, *qui ab intestato venire desiderant*, ut habet textus in *d. l. ult.* & a Thomasio in *Schol. ad posit. 3. h. t.* animadversum est. Facilius autem præsumetur adimendi animus, si peregre absens aut alias non nisi alterum e duobus exemplis in potestate habens, hoc quod habebat, aboleverit. Forte ejusmodi casu præsumptio erit pro ademptio-

ptione; secus ac in *d. l. ult.* ubi Testator ex pluribus ejusdem exempli tabulis in publico depositas quasdam abstulit atque delevit; cum in iis, quas relinquebat, rem gestam declarari non ignoraret. In quam rem confer sis ea, quæ diximus ad *tit. de Pact. pag. 625.*

5. Quid vero si qua inter duas ejusdem exempli tabulas sit discrepantia, ut accidit in testamento Viri Amplissimi *Guilielmi a Velsen* Quæstoris Frisiæ Generalis, qui testamentum duobus exemplis, utroque authentico fecerat, *d. 5. Septemb. 1679.* inter quæ nullum erat discrimen, nisi quod legatum eidem personæ in uno exemplari relictum erat centum coronatorum nostratium, qui faciunt ducentos florenos, in altero centum imperialium, qui faciunt 250. florenos. Consultus sum, utrumque, an alterutrum & utrum deberetur. Respondi, unum modo legatum deberi, cum ex alterutro duntaxat agi possit, videri autem honoratum agere posse ex utro velit, ideoque centum imperiales deberi, *arg. d. l. ult.* Sed vide *l. 47. de Legat. 2.*

6. Tertia Quæstio est, si testator duo fecerit testamenta diversis temporibus, & posterius aboleverit, an prius convalescat? Hac de re textus est in *l. pen. §. 2. de Bon. poss. sec. tab.* ubi primo docet JCtus, si post testamentum factum Titius arrogatus, dein sui juris iterum factus *codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntatem, quæ defecerat, judicio recenti rediisse intelligi;* mox subjicit, *non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.* In quibus verbis est hæc doctrina, quod ad hoc quæsitum attinet: Qui duobus factis testamentis, posterius abolevit, ad prius rediisse videtur, si hanc mentem suam expresserit, ut prius valeret. Opponitur; *Atqui nuda voluntate testamentum prius,* quod ipso jure per posterius fuit sublatum, *non potest restitui;* quod argumentum occupat his verbis; *Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum.* Responsio est in sequentibus; *Non enim de jure testamenti maxime quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc judicio, quanquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, æstimatur.* Negatur, inquit, nuda voluntate testamentum hac via constitui. Heres primo scriptus agit quidem ex testamento priore. Possessor autem excipit; est aliud testamentum recentius, quo prius fuit sublatum. *Replicat actor,* hæc exceptio nullam habet vim, quia testamentum posterius est abolitum, ut prius valeret. *Duplicatio* rei; Est quidem abolitum, sed non ea mente, ut prius valeret, quod ideo sublatum manet. Hinc oritur κρίσις, unde pendet momentum causæ; *Situe posterius simpliciter abolitum, an ut prius valeret.* De hoc est disputatio, de viribus, inquam, exceptionis, non proprie & directe, an testamentum nuda voluntate constituatur. Quando igitur abolitio posterioris simpliciter est facta, sine tali significatione voluntatis ad valorem prioris, non potest fieri, quin prius sicut est, ita maneat ruptum, quemadmodum & in aliis rebus, quod semel extinctum est, sine nova causa non reviviscit, ut in *l. 30. in pr. de S. U. P.* modo tum certa res sit, testamentum posterius jure fuisse factum, quod liquido constare vix potest, nisi tabulæ utcunque cancellatæ aut incisæ adhuc extent atque ob oculos versentur, ut in specie *d. l. pen. §. 2.* Proinde, si penitus abolitæ sint tabulæ, difficile est aliud statuere, quam prius testamentum valere; nisi posterius fuerit nuncupatum & testibus prælectum, ut de omni ejus argumento testari queant.

7. Huc spectant duæ decisiones in nostra Curia notabiles, quas heic adjiciam. Cajus & Caja conjuges fecerant testamenta reciproca duo diversa. Caja mortua, posterius repertum est ab illa incisum; prius adhuc integrum sine ulla alia significatione voluntatis ipsius. Curia judicavit, Cajam decessisse intestatam, posteriore testamento abolito, sine ulla confirmatione prioris, quod per aliud jure factum apparebat sublatum. Nauta relator decisionis, in utroque testamento refert idem fuisse, quod mulieri causam rescindendi præbuisset; Verum in ipso processu, quem totum perlegi, nihil ejusmodi commemoratur, nec etiam in relatione examinis, quod in dorso scriptum est, quo maritus super historia incisionis factæ, nobili Curiæ officio, interrogatus fuerat: Ut ab illo singulari facto meritum decisionis nullo modo pendeat, *in causa Nicolai Wiggeri, contra Gerardum Johannis d. 16. Jul. 1638.* Alterum exemplum hoc est; Titius & Titia conjuges Leovardienses cauponaria exercita locupletati, duo reciproca condiderant testamenta, quorum posterius vir ægrotans coram sorore sua, ab uxore repetierat, vocato ad eum actum Tabulario, qui testamentum scripserat, inque ignem conjici jussit, nihil addens de priore Testamento. Mortuo Titio, uxor prius testamentum,

tum, in quo heres erat scripta, protulit ex eoque hereditatem adiit. Sorores ab intestato petentes repulsam tulerunt, ideo, ut videtur, quod posteriore testamento igne consumpto, non constaret, an hoc jure factum fuisset, etsi Notarius artis suæ egregie peritus nihil vitii adfuisse testaretur, hoc tamen adeo pro certo haberi non poterat, ut ideo quod erat ob oculos perfectum, irritum haberetur. Habuisse Testatorem hunc animum, ut prius convalesceret, jactabatur quidem, sed probatum non erat; *In causa Elske ende Rijkjen Simons, contra G. J. S. anno 1682.*

TIT. V.

De Heredibus Instituendis.

I. An testamentum sine heredis institutione valeat. II. De personis heredum remissio & pauca singularia. III. De Hæreticis. IV. Specialiter de Pontificiis & de liberis perduellium. V. Comment. ad Edictum Caroli V. VI. An regula Juris, quod nemo testatus ac intestatus pariter mori possit, hodieque obtineat. VII. Quid juris sit, heredibus ex certis rebus institutis. VIII. An heres ex re certa jus habeat accrescendi. IX. Circa heredem ex usufructu observationes. X. Species l. 13. D. de liber. & posth. hered. inst. vel exhered. *XI. De Institutione captatoria.*

BAsis & fundamentum Testamenti est Heredis institutio, *§. 34. Inst. de Legat.* sine qua testamentum non potest valere, teste Calpurnio Longino Advocato Fisci in *l. 3. ff. de his, quæ in test. del.* Sed *moribus hodiernis valere testamentum, in quo omissa est heredis institutio*, citatis numero multo auctoribus scribit D. Voetius *Comment. ad h. Inst. t. §. 4. n. 2.* Quin etiam apud nos invaluit, ejusmodi scripturam instar testamenti sine heredis institutione compositam, in dubio præsumi esse codicillum, ideoque in eo contenta ab herede legitimo esse implenda, licet Testator eam voluntatem appellaverit Testamentum. Quod tantundem est, ac si diceres, Testamentum sine heredis institutione scriptum non esse quidem testamentum, sed tamen valere & effectum habere *indirecte*. Nititur hæc sententia falso fundamento, hoc uno, *quod testamentum large sumpto vocabulo, sub se Codicillos comprehendat.* quod post Auctores a Sandio productos etiam docet D. Schotanus in *exam. ad tit. ff. Qui testam. fac. in pr.* Probant id primo ex definitione testamenti, *quod sit voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, in l. 1. d. tit.* Quasi Jurisconsulti in ipsa definitione jus testamenti confundere voluissent cum codicillis, a quo sunt alienissimi, *§. 2. Inst. de Codicill.* Justa sententia significat solennibus legum requisitis conformem, *arg. rubr. & l. 1. ff. de Injust. irr. test.* cujusmodi sensus non convenit Codicillo. Adducit præterea *l. 2. §. 1. ff. Quemadm. testam. aper. l. 1. §. 2. & seqq. ff. de Tab. exhib.* Ex quibus id nequaquam probatur. Absit, ut tamen omnis confusio, Juris antiqui conditoribus adscribatur, quæ si procedat, nullam vim habet hæc regula, *quod heredis institutio sit basis & fundamentum testamenti.* Tamen hic error, ut sæpe fit, jus fecisse videtur, ut aliquoties apud Supremam hujus *quoque* provinciæ Curiam ex ejusmodi ultimi voluntatibus jus dictum sit, quæ testamenta dicebantur in ipsis tabulis & habebant septem testes aliaque testamentis consueta, at sine ulla heredis institutione, semel apud Sandium *l. 4. tit. 1. def. 12.* Rursus mea memoria, in causa *Tjallingi de Camstra in qualit. cum soc. contra Edonem ab Eysinga cum soc.* Tertium, in causa *Riuse Abes cum soc. contra Teye Hses*, etsi ne clausula quidem codicillaris esset adjecta *ante fer. Pasch. 1681.*

2. Quæ præterea ad argumentum hujus Rubricæ pertinent, ad tres articulos ex ejusdem tituli Institut. exegesi notos referuntur. Ad personas, ad res & ad modum instituendi. De personis absolvimus ad Inst. quibus heic addemus has positiones; Error in persona vitiat heredis institutionem, si quis volens Titium instituere, Cajum scripserit, *l. 9. pr. h. t.* Verum si de persona constet, error autem in nomine solo fuerit, nec illud nomen alii personæ conveniat, nominis error non magis vitiabit institutionem quam Legatum, *§. 29. Inst. de Legat.* Quod si ut filium quis scripserit heredem, qui dein non esse filius probatur, institutio nulla est, *l. 3. & l. 4. C. de hered. instit.* Institutio sine nomine valet, modo indubitabili signo heres sit demonstratus & quidem tali, quod non contumeliæ causa sit additum, *l. 9. §. 8. h. t.* Et tamen si pater dicat; filius meus *impiissimus male de me meritus*, ea verba non vitian-

tiant institutionem, quia monendi causa adjecta creduntur, *l. 48. §. 1. h. t.* multo minus, si dicat Pater, filius meus, asinus ad lyram, ut est apud Gell. *3. noct. Att. C. 16.* Tales enim asini pecunia maxime egent, quomodo Crates filios, si fatui essent, instituerat, si saperent, in pios usus sua bona distribuebat.

3. Porro Hæretici & Apostatæ Jure civili non possunt etiam heredes institui, sicut nec facere testamenta, *l. 4. §. 1. & l. 5. C. de Haret. l. 3. C. de Apostat.* Hæreticorum autem vocabulo continentur, *qui levi argumento a judicio catholicæ religionis & tramite detecti fuerint deviare*, ut Imperatores Gratianus, Valentinianus & Theodosius definiunt *in l. 2. C. de Haret. §. 1.* Tam rigidi non sunt mores nostri, nec in hæreticis definiendis nec in pœnis infligendis. Sane testamenti factio activa vel passiva religionibus non distinguitur, singularum utique personarum respectu; In collegiis secus est; hæc enim jure personarum non fruuntur, nisi permissa legibus & recepta publice, *l. 1. & l. 3. & t. tit. ff. de Colleg. & corp.* Ne quidem pauperibus hæreticorum hereditates aut legata relinqui posse, diximus ad *tit. Quod cujusque univers. nom. n. 3.* ubi & distinctio inter Collegia Religionum prohibita, permissa, tolerata; quæ ad hunc locum pro repetitis habenda sunt. Quid tamen adversus eos, qui capita Christianis omnibus credita, de Christo æterno Deo & Spiritu Sancto, de solutione Christi pro peccatis mundi similiaque præfracte negant, in contradictorio statuendum foret, non habeo adseverare. Credo tamen nostrates in hac sententia esse, Rerum divinarum persuasionem nihil commune habere cum acquisitionibus rerum & usu commerciorum, quæ fiunt inter vivos & mortis causa.

4. Pontificii soli, quia minus creduntur amici esse præsenti statui Reipubl. & acrius in dissentientes animantur, & inprimis ne superstitione ducti ad exteros, quibus fere dedunt animarum cultum, bona transmittant, paulo diligentius circumscripti sunt, placito Ordinum *d. 10. Decembris 1655.* quo prohibetur, ne quis testamento disponat in favorem personarum sive marium seu feminarum, quæ ulla professione Ecclesiastica Pontificiæ religioni devinctæ sunt; *geestelijke, kloppen, nonnen of andere Paus-gesinde geordende personen.* Si fiat, dispositio nulla declaratur, decerniturque, bona pertinere ad eos, qui secundum jus & mores Frisiæ in causa mortis ad ea jus habere deprehendentur, *aen de genen die nae kostume en rechten van den Lande, by versterf, daer toe souden mogen wesen gerechtigt.* Hinc quæsitum est, si legata relinquantur ejusmodi Pontificiis hominibus professis, utrum ea maneant penes heredem scriptum, an ad heredes ab intestato pertineant. Dixerim, penes heredes scriptos remanere; quia sic jure communi cautum est, legata, quæ personis palam incapacibus relinquuntur, penes heredem scriptum manere, si testamentum existat; deficiente testamento, ad heredem ab intestato, *l. 3. in pr. ff. de His, quæ pro non script.* nec enim heres legitimus quicquam juris habet, ubi extat vel speratur heres e testamento, *l. 39. ff. de Acquir. hered.* Nec obstant verba, superius posita, quia non nisi generalia & ad dispositionem juris communis relativa sunt. Testamentaria successio non minus juri moribusque Provinciæ consentanea est, quam utique legitima, & verbum, *by versterf*, pertinet ad casum mortis testatoris, & respicit eum, qui tempore mortis habebit jus in hereditatem defuncti. Eodem edicto cautum est, ne parentes Pontificii liberos orthodoxos minori ex parte heredes instituant, quam quibus plurimum relinquunt, nisi parentes alias graves causas Judici probare queant, sufficientes ad ingratitudinis notam atque pœnam. Non abludit ab hac parte, quod habetur in Græca constitutione Justiniani an Justini, *l. 19. §. 1. C. de Haret. Orthodoxi filii hæreticorum, qui nihil deliquerunt in parentes, illibatum accipiant & indeminutum, quod eis ab intestato competit, & adversus hac facta ultima voluntas infirmatur. &c. Si vero quid deliquerint in parentes, accusantur & puniuntur.* Imo liberi Pontificiis ordinibus religiosis addicti, heredes a parentibus scripti, legali fideicommisso quasi gravati intelliguntur, quo bona proximis suis agnatis & cognatis post mortem suam restituere coguntur, vers. *ende belangende.* Est & aliud singulare in eodem Edicto. Quæ collegiis Pontificiis ab arcano fideicommisso relinquuntur, ea secundum jus commune redigenda forent in fiscum, *citata l. 1. ff. de jur. fisc.* Ex hac constitutione pertinent ad heredes legitimos, quibus fideicommissarii isti prohibiti inventarium exactum, omniaque instrumenta, fide jurata tradere debent, sub pœna quadrupli ejus quod suppresserint, inter delatorem, pauperes, & fiscum dividendi, & infamiæ, cum pœna insuper extraordinaria. Quod etiam ipsis proprio nomine relictum

ctum fuerit, similiter ad heredes ab intestato pertinet cum usuris & fructibus; *vers. om alle andere quaedt &c.*

Praeterea inter incapaces personas, jure civili habentur etiam liberi perduellium, quem rigorem utpote rationi aequitatique contrarium, obsoletum esse, vel abrogandum, censet Ant. Matthaeus *disp. fin. de success. n. 15.* Habuimus, quod de personis heredum jure nostro singulare proditum est.

AD EDICTUM CAROLI V.

5. Placet addere cum Lectoris venia, commentariolum ad Caroli Caesaris V. Edictum de anno 1540. insertum Statutis Frisiae *lib. 1. tit. 7. art. 6.* & alibi quoque receptum: *Ne liceat minoribus annis 25. donationem facere, vel legatum relinquere rei immobilis, vel quo res immobiles graventur, in perpetuum, vel usufructu tenus, Curatoribus suis, vel Administratoribus, aut Inspectoribus* (bewaerders) *nec eorum liberis aut concubinis. Si quid ejusmodi relictum fuerit, id ipso jure nullum declaratur.* Non prohibetur in hoc Statuto heredis institutio, sed titulus particularis, *gifte by testamenten;* quibus verbis legatum vel donatio mortis causa significatur, *§. 1. Inst. de Legat.* Igitur si in hereditate nulla sint immobilia, certum est non prohiberi personas Statuto comprehensas scribi heredes pecuniaque, & omnibus rebus, quae moventur, frui. Quid si & immobilia in hereditate reperiantur? Si verba Statuti consideres, more loquendi juridico, non possunt de heredis institutione intelligi, quoniam haec est universalis, *l. 18. in fin. de hered. pet. l. 24. de V. S. & l. 62. de R. J.* Tituli, de quibus Statutum loquitur, sunt mere particulares; *alle giften by testamente, legaten, giften by levende lyve, oft in gevalle der doodt.* Haec etsi probabilia sunt, vero tamen proprius est, illis prioribus verbis significari quamlibet dispositionem testamentariam, adeoque si quis e personis hac prohibitione comprehensis, heres sit institutus, bona immobilia non obtinebit, nec aliter Sandius *d. dec. 2. 9. 19.* An & mobilia hoc casu? Nihil video, quamobrem illa amittere debeat: nec enim utile per inutile vitiatur, & Testamentum pro parte valere, effectumque habere, in materia Statutorum non est insolitum, ut Sandius docet *lib. 4. tit. 1. def. 7.* saltem per clausulam codicillarem & via fideicommissi, ad evitandam offensionem regulae, quod nemo simul testatus & intestatus mori queat.

Quaeri potest, an sub voce Curatorum contineantur matres, quatenus sunt Legitimae Curatrices bonorum, quae liberis competunt. Sandius remittit Lectorem ad Stephanum *decis. 58.* Sed nihil haerendum puto, quin ad matres haec res non pertineat. Etsi enim plerumque verbum masculnm etiam feminas complectatur, heic tamen secus est, quia nomen *Curateurs* utrique sexui non aeque convenit, neque vocabulum *Administrateurs*; mulieres enim ad ejusmodi officia non eliguntur, *l. 1. C. Quand. mul. tut. off.* Imo Curatrices vel Administratrices Legitimae nusquam in Jure dicuntur, sed Tutrices solummodo; nec usquam extat Lex, qua Matribus administratio bonorum, quae ad liberos puberes spectant, deferatur; sed impuberibus tantum liberis praeponuntur, si velint, ita ut ne Tutela quidem publicum munus illarum respectu esse videatur, *l. 2. C. eod. tit.* Moribus quidem administratio tempore pubertatis iis relinquitur, sed non ideo sub Administratorum nomine legitimo continentur. Accedit reputatio causae, quae movit legislatorem ad hanc prohibitionem, quae haec fuit; quod minores magis metu & reverentia quam libera voluntate in favorem Curatorum suorum disponere videantur; Inter matrem vero liberosque tanta στοργῆς & affectus mutui pietas vertitur, ut sinistrae suspicionis nulla causa relinquatur.

Verbum *bewaerders*, quod sequitur, reddidimus per inspectores; ut sint, quorum institutioni custodiaeque juniores commendati fuere, quales sunt Praeceptores Paedagogi atque magistri, inquit Sandius *d. lib. 2. tit. 9. def. 19.* Quid igitur, an quilibet Praeceptores atque Magistri adolescentum sub hac prohibitione continentur? Mihi nec verba nec ratio ita ferre videntur. Non verba; quia nomen *Bewaerders Custodum* non significat Praeceptores simpliciter, sed eos, qui adolescentes in peculiarem custodiam acceperunt, sive in contubernium sive in ejusmodi inspectionem, qualis est ea, de qua loquitur Lex Academiae Franekeranae XLV; *Professores, quibus commendati erunt juniores, eorum inspiciant mores & sumptus; nec sine autographis horum pecuniam Studiosis mutuanto aliusve huic mutuo faenorive dato.* Reliqui Professores aut Magistri, qui simpliciter juventuti institutionem impetiuntur, sub nomine *Custodum* non videntur comprehendi, maxime si opera generalis sit, quam pluribus simul impendunt, ut fit. Ratio

quoque non videtur admittere, ut qui nihil aliud faciunt, quam præceptis eloquentiæ sapientiæque juvenes reddere meliores, hac lege notari videantur, quasi heredipetæ & legatorum captatores. Aliter Regulus ad Nicostratum præceptorem scripsit; *quoniam*, inquit, *& cum patre meo semper fuisti neque eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono tibi &c. l. 27. ff. de Donat.* Sandius *in d. defin.* hanc legem vult accipi, de casu, quo jam donatarius Præceptor esse desierat; verum hoc liquet parum. Regulus erat juvenis, ut ait Papinianus, & vox præteriti temporis *reddidisti*, utique etiam de institutione adhuc durante potest intelligi. Plane ejusmodi præceptores, qualis ibi Regulo fuisse scribitur, non videntur in hoc Statuto denotari; sed Pædagogi domestici, duces peregrinationum, Professores, qui Studiosos in contubernium accipiunt, & denique inspectores ejusmodi, quales modo demonstravimus, sub titulo Custodum intelligi videntur.

Additur; *ofte andere beure administrateurs.* Quales illi? num alios potest habere administratores quam Curatores suos? potest primo, si veniam ætatis impetraverit, tunc enim Cura liberatur, & absentiæ causa vel aliter, si velit, res suas alicui administrandas dare potest. Quid ergo, an & is, qui veniam ætatis impetravit, huic constitutioni subjectus erit; nonne, sicut ille in omnibus pro maiore habetur, ita etiam heic minorum numero jurique videbitur exemptus? Non videtur. Primo, quia venia ætatis nihil aliud tribuit, quam ut minores patrimonia sua gubernare possint, *l. 3. in pr. C. de his, qui ven. æt.* quod est διοικεῖν, inter vivos administrare; venia nihil ad testamenti factionem pertinet, quæ inde a pubertate libera fuit. II. In alienatione rerum immobilium venia ætatis non adjuvat adolescentes; heic autem de immobilibus alienandis agitur. III. Statutum nominans alios administratores vel maxime ad eos, qui constituti sunt ab his, qui veniam obtinuerunt, spectare videtur, cum minores plerumque non habeant nisi Curatores. Possunt tamen & alii administratores esse minorum; veluti, eum qui adolescentem fecit heredem & bonorum, quæ reliquit ei, proprium statuit administratorem, qua de re vide Sandium *lib. 1. tit. 9. def. 11.* Sequitur in Statuto, *ofte van hare kinderen:* Quæsitum fuit, an & liberi emancipati hoc loco sub nomine liberorum contineantur. Ratio dubitandi, quod ex donatione facta liberis emancipatis, patri nihil acquiratur, cum filiofamilias facta donatio Patri usumfructum præstet. Ita Cujacius sentit, *consult. 41.* Sed recte Curia nostra censuit, ex eo, quod in Statuto minime expressum est, non licere generalem infringere vim verborum, præsertim cum non desit alia ratio liberis emancipatis, perinde ac suis conveniens, affectus paternus, quo non minus pater emancipatis vult consultum ac filiisfamiliarum: unde par libertati minorum in testando periculum, quo Statutum sine dubio respexit, Sand. *l. 1. tit. 9. def. 20.* An & nepotes sub voce *kinderen* heic loci comprehendentur? non est de nihilo, quod Goddæus ad *l. 8. de V. S. num. 2.* tradit, verba *kinderen* & *zonen en dochters* ita differre, sicut in Jure Latino *liberi* ac *filii filiæque*. Liberi vero comprehendunt nepotes, filii non æque, *§. ult. Inst. Qui testam. tut. l. 120. de V. S.* imo & filii quandoque nepotes continent, *l. 84. l. 201. & l. 220. §. ult. de V. S.* secundum hæc sub liberis etiam nepotes intelligendi forent. Et quidem Jure linguaque Romana non minus id obtinet in pœnalibus quam in favorabilibus. Ita SCtum, quo tutor pupillam filio collocare prohibetur, etiam locum habet in nepote, *l. 59. ff. de rit. nupt.* Commissum hereditatis, in quod incidit mater, quæ non petit tutorem liberis, usum etiam habet respectu nepotum, *l. 2. §. 28. ff. ad Sc. Tertull.* SCtum Macedonianum, quod prohibet filiosfam. ex pecunia mutua obligari, extenditur & ad nepotes, *l. 14. ff. de Sc. Maced.* Curia tamen nostra fuit olim in hac sententia, proprietate vocabulorum, *kinderen*, non significari nepotes *kindeskinderen*, & ideo ad tollendam dubitationem, qui vult etiam nepotes complecti, operam dare debet, ut id verbis exprimat, *l. 4. tit. 5, def. 10.* Adeoque potius est, ut prædicta vox heic ad nepotes extendi non videatur. Quo magis id ita in nostro Statuto accipiendum sit, facit, quod libertas testandi per hanc Constitutionem restringitur, cujus cum maximus favor sit, *l. 1. C. de SS. Eccles.* non videtur faciendum, ut lex, quæ illam coarctat, interpretatione producatur: præter quod hæc Constitutio Juri civili adversa est, quo Curatorem licet heredem instituere, *l. 28. §. 10. ff. de liberat. leg.* sufficiente adversus vim dolumque Lege, quæ testamentum jubet esse nullum; si quis deceptus vel coactus sit ad testandum, *l. 1. C. si quis aliqu. test.* Proinde, si quid minor Curatori suo reliquerit, id valere videtur.

Unum

Unum mirari licet, quod in fine adjicitur, *ofte beure concubynen*, nulla uxorum mentione facta, contra quas tamen eo major erat ratio, quo sanctior & arctior est affectus Curatoris erga legitimam conjugem, cujus respectu minori facilius erat insidiaturus, quam in gratiam concubinæ; præter quod uxores ipsæ Curatorum, sæpe non minus adolescentes adultasque habent in potestate quam viri. Accedit quod concubinæ in Frisia sunt rarissimæ; scilicet mulieres, quæ domi habentur uxorum instar, sine titulo & dignitate uxorum, quomodo concubinæ finiuntur. Nescio an absurde dixeris, eo tempore, quo lex ista lata est, scilicet anno 1540. adolescentes crebro commendatos fuisse sacerdotibus, qui fere concubinarii erant. Quicquid sit, ut lex scripta est, ita nihil dubitandum, quin prohibitio ad uxores non pertineat. Indignum enim & absurdum foret, sub nomine Concubinarum uxores justas complecti, idque in Constitutione pœnali & derogatoria Juris communis. Ideoque & a Curia probata est heredis institutio, qua minor honoraverat Curatoris sui uxorem. Sand. *l. 2. tit. 8. def. 19.* Est hoc exemplum ejus, quod in legibus interpretandis est servandum, ut tametsi mirum hoc & rationi adversum, quia tamen lex ita scripta est, standum sit verbis legis, *l. 12. §. 1. ff. Qui & quib. manum.*

In fine statuti habetur Sanctio; *Sullen wesen nul en van onwaarden.* Pro non scriptis habebuntur; Ideoque fisco non vindicantur, ut fit in his, quæ ut indignis auferuntur, sed manent penes heredem scriptum, vel si nullum sit testamentum, penes heredes ab intestato, *l. 3. in pr. de his, quæ pro non scrip.* Quod si clam personis in hac lege prohibitis aliquid in testamento relinquatur, tum fisco locus foret, secundum *l. 1. ff. de jur. Fisc.* nec id mutatum jure vel more Frisico; tametsi rarius accidat, ut fiscus hoc jus urgeat apud nos. Videatur Sandius *l. 4. tit. 4. def. 5. vers. Et postea.*

Pertinet etiam ad hoc caput, quod ante hac ex Ed. Car. V. intelleximus *1. Stat. 1. 6. & 7.* si quis filiamfamilias minorem annis 26. duxerit in uxorem, vel si qua nupserit filiofam. 25. minori, eum eamve non posse heredem scribi a conjuge, ne quidem si pater post concubitum adhibuerit consensum, secus si ante copulam carnalem ratum habuerit matrimonium, *d. §. 7.* Idem quod ad heredis institutionem attinet, constitutum est in eos, qui puellas sub Curatoribus agentes, illis invitis aut ignaris duxerint, vel qui adolescentes Curæ subjectos, in matrimonium pellexerint, *§. 22.* idque sine discrimine ætatis: sed ratio vult, ut quod de ætate filiorum filiarumque familiarum antea scriptum est, hic ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetatur & adolescentibus adultisque applicetur; atque ita censuit Curia & in foro servatur, teste Sandio *lib. 2. tit. 1. def. 7.* posteaque sæpius & constanter ita judicatum est. Convenit hoc cum eo, quod jure civili institutum est, propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel uxoris, neque a testamento adiri posse hereditatem aut peti bonorum possessionem, *l. 1. ff. Unde vir & ux. l. 13. l. 14. de His, quæ ut ind. & l. 27. de Usufr. leg.* atque ejusmodi hereditates fisco vindicantur, *exceptis tam viris quam feminis, qui errore non affectato neque ex vili causa deceptis ætatisve lubricæ sunt*, *l. 4. C. de Incest. nup.* Sand. *lib. 4. tit. 4. def. 5.* Rursus hac de re agendi locus est ad *tit. de His, quæ ut indign.* & vid. *supra de Rit. nupt. n. 7.*

6. Videamus, in articulo de partibus hereditatis, an aliquid singulare supersit. *Primo quidem solennis* distributio assis in duodecim uncias more linguaque nostra non habet usum, sed Testator in tot partes hereditatem dividit, quot ipsi veniunt in mentem; ut alioqui jure civili potest etiam facere, velut in *§. 5. in fin. Inst. de Hered. inst.* Nec tamen ideo non est locus hodie quæstionibus, quæ in *§. 6. 7. 8. Inst. d. tit.* tractantur, scil. quid juris sit, cum testator quasdam partes reliquit vacuas aut ultra assem multiplicavit. Quid enim si quatuor scripserit heredes e parte tertia singulos, vel tres e quartis; Quid si insuper aliquem sine parte scripserit, nonne juris idem erit, quod *in dd. §§.* a Justiniano exponitur? Is regulam ponit fundamentalem, quod nemo pro parte testatus & ex parte intestatus decedere possit, nisi miles, cujus sola voluntas in testando spectatur, *§. 5. Inst. h. tit. l. 7. ff. de R. J.* Reliqui cives legibus obligati sunt, quibus ita constitutum, heredis institutionem esse titulum universalem heredemque repræsentare defunctum, ita ut pro una eademque persona habeantur, non posse pro parte heredem scribi; debere testatorem ita inducere in animum, ut vel de omnibus suis bonis disponat, vel omnia legis ordini relinquat; & hæc sententia in foro Romano sic invaluit, ut in naturam disciplinæ verterit, earumque rerum naturaliter inter se pugna credatur esse, *testatus & intestatus*, ut ait Pomponius *in d. l. 7.* Adversus hæc

Grœne-

Grœnewegius ad *§. 9. Inst. h.t. generali consuetudine passim receptum* ait esse, *ut unicuique testato partim & intestato decedere liceat*, idque multa auctoritate scriptorum variarum gentium confirmat; quibus ita videtur, subtilitates juris Romani, quæ nullum aliud æquitatis fundamentum, nisi quod ita veteribus placuit, habent, moribus hodiernis negligi. At sæpe dictum & approbatum est, in quibus gentibus receptum est jus Romanum, in illis quælibet ejus capita certa & indubitata neque rationi contraria, vel Statutis abrogata valere servarique: & inter ea numerandam esse hanc regulam nullus dubito: non dubitat etiam Herbajus noster, qui de *rebus usus quotidiani* scribens, eam positionem pro fundamento totius disputationis, quam habet in *cap. ult.* tradit & usurpat. Hinc nihil ambigendum, si quis duos heredes e triente scripserit, quin idem sit, ac si duos e semisse scripsisset, vel si unum e semisse, alterum e quadrante, perinde est, ac si primum e besse, alterum e triente fecisset heredem, juxta doctrinam *§. 7. Inst. h. t.* ex quo sic ait Herbajus, in *d. cap. Si qua pars assi desit, ea omnibus heredibus pro portionibus hereditariis accrescit.* Nec audiemus ideo D. Voetium adfirmantem in *comment. ad d. t.* moribus hodiernis cessare jus accrescendi, ut reliqua bona pertineant ad heredes ab intestato.

7. Ex eadem ratione sequitur, eum, qui solus, (secus si cum alio, ut dictum ad *Inst. h. t.*) ex rebus certis heres institutus est, detracta rei certæ mentione, heredem ex asse videri, perinde ac si rerum mentio facta non esset, *§. 3. Inst. Quib. mod. testam. infirm. l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. & l. 10. ff. de Hered. instit.* Sicut etiam, si quis plures e diversis partibus etsi inæqualibus scripserit, perinde erit, quasi sine partibus scripti fuerint, *d. l. 9. §. 13. l. 10. & l. 11. h. t.* tradente rem hanc ut quotidianam, hoc est, moribus etiam nostris usitatam Herbajo *d. cap. ult.* Quod si Testator disertis verbis prohibuerit, ne scriptus heres plus quam partes aut res expressas haberet, doctrina juris Romani vult, nihilominus ei res accrescere cunctas, per *l. 55. ff. de Legat. 1.* Attamen difficile dictu est, tantum rigorem seculo nostro ferri posse, ideoque tanquam ex argumento juris Romani concedendum credimus in sententiam Viglii nostri *ad d. §. 5.* cui Bachovius etiam subtilissimus *ibid.* adsentitur, & est hæc, alibi quoque dicta; scriptum quidem heredem vi juris ex asse heredem fieri, sed respectu voluntatis testatoris, eum cogi ad restituendam partem iis, in quorum gratiam testator eum parte designata contentum esse præcepit, qui fiunt heredes ab intestato, *arg. l. 69. in pr. ff. de legat. 2.* Hoc temperamentum minus dubii habet, si testamento adjecta sit clausula codicillaris; utpote, cujus hæc vis intelligitur esse, ut heredem scriptum quasi fideicommisso onerare videatur, ad implendam voluntatem, quæ directe per leges effectum habere non poterat, ut infra & Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 2.* Sed an vi hujus clausulæ non tenebitur heres scriptus ex re vel parte certa reliquam hereditatem semper & indistincte proximis cognatis restituere? Non videtur, nisi appareat, Testatorem enixe voluisse, ne scriptus heres plus quam testamento dictum est, obtineret; nam alioqui cum heredis institutioni certæ partis aut rei mentio adjecta est, censeri potest negligenter & abundanter adjectum, nec aliter velle testatorem quam quod jus commune dictat. Etenim jus accrescendi nititur etiam tacita voluntate defuncti, qui partes vacantes creditur potius voluisse delatas heredi scripto, quem nominavit, quam iis, quos nulla mentione in supremis tabulis honoravit, ut apparet e doctrina juris accrescendi, quæ traditur in *l. un. C. de Caduc. toll.* Plane, si dixerit, se reliqua bona legitimis heredibus suis relinquere velle, tametsi non usus sit titulo institutionis, non est tamen dubium, quin illis jure debeantur, quoniam recentiori jure qualiacunque verba, testatoris animum satis explicantia sufficiunt ad effectum heredis institutionis *l. 5. C. de hered. instit.* Quod etiam diximus, rei certæ mentionem videri posse ex abundanti adjectam, non habet locum, si testator accurate solliciteque res certas enumeraverit; sicut factum erat in testamento *Friderici de Vervou*, super quo ante aliquot annos disputatum est inter Viros Nobilissimos *Bernardum a Coenders & Heronem ab Oekinga* Supremæ Curiæ Ex-Senatorem & Ex-Curatorem Academiæ. In qua causa visum Curiæ Supremæ, non posse heredem plus capere quam ei adsignatum erat; forte quod specialis & accurata rerum enumeratio expressæ prohibitionis loco habenda videretur. Decisioni, quod eadem de re pridem consultus eram, non interfui, ut de ratione decretoria nihil adfirmare liceat, nedum ut inde colligendum sit, displicuisse prædictam Juris regulam fundamentalem.

8. Quando juxta heredem ex rebus certis, coheres simpliciter vel ex parte assis est scriptus, eum, qui ex rebus institutus est, quasi legatarium, nihil

nihil quam res adsignatas capere, dictum alias & notum est ex *l. 13. C. de Hered. Instit.* Quod si coheres deficiat, cum ipsum institutio fecerit heredem, jus accrescendi non potest ei negari, *ut D.I. commun.* teste Bachovio *vol. 2. ad Treutl. Disp. 12. th. 1. tit. A. & comm. ad §. 5. I. de Hered. inst. n. 11.* Wissenbach. *ad h. t. th. 8.* Verum quid si res certæ, ex quibus institutus est, non sint in ejus commercio, ut illas capere non potuerit, adeoque nullum heredis effectum habuerit, an tunc etiam deficiente coherede, heres ex ejusmodi rebus certis scriptus, jure accrescendi deficientis portione gaudebit? Ratio in hoc vertitur, an heres ex re certa scriptus, si rem illam capere non possit, heres esse desinat. Quod negandum videtur. Etenim Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, *l. 50. de Hered. pet.* Ac ita notabiliter judicatum in Curia nostra Suprema, facti specie tali; *Christina Lanting* heredem sibi scripserat sororem *Berechtiam* ex bonis in Transisulania sitis, ubi res soli non possunt exteris testamento relinqui, ut in ea lite supponitur. Ideo qualitas heredis nullum in ea corpus habebat. Cohæres, qui reliqua bona testamento acceperat, defecit, ante Testatricem mortuus. Proinde Berechtia totam ejus portionem jure accrescendi tanquam heres e testamento occupaverat. Hanc ab illa heredes legitimi petebant; Sed repulsam tulerunt, arbitrata Curia jus accrescendi habere locum, *d. 3. Februar. 1643.* φιλονεικικῶς. De eo, quod obstat, videbimus *ad tit. de Acquir. hered.*

9. Quod juris est in institutione ex rebus certis, id etiam obtinet in usufructu. Qui solus, heres scriptus est ex usufructu, is habet totam hereditatem, *d. l. 9. §. 13.* juncta *l. 74. h. t.* Mantic. *4. conjectur. ult. volunt. tit. 5. art. 1.* Fachin. *4. controv. c. 17.* Wissenb. *h. t. th. 13.* Nec hoc ab usu Fori remotum, quicquid Juris censores contradicant. In Curia nostra sic judicatum, in causa *Titiæ Thomæ uxoris D. Suffridi Saekma, Prætoris in Dantumadeel, contra Regnerum & Simonem Gerbardos.* Pater Titiæ heredem illam scripserat ex usufructu omnium bonorum suorum, administratione penes Regnerum & Simonem mansura, post mortem ejus vocabantur proximi ad tertium usque gradum cum prohibita alienatione. Titia est declarata heres ex asse, manente tamen fideicommisso & administratione, præter Legitimam & Trebellianicam, quæ statim libere præstari sunt jussæ. *d. 16. Jul. 1640.* Hæc decisio continet aliam Quæstionem, quid juris sit, quando heres ex solo usufructu institutus, & post mortem ejus, alius heres scriptus est. Trifariam heic sentire interpretes, refert D. Wissenbach. *ad h. t. th. 13.* σκεπτικῶς. Nobis verior videtur quarta sententia, heredem ex usufructu statim heredem esse, cum onere fideicommissi pro altero, si is supervixerit; si moriatur ante heredem ex usufructu, hic in solidum heres erit, ratione mox reddenda.

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. d. l. *Mihi videtur distinguendum, an alius ille in eodem testamento fuerit heres scriptus, an vero in posteriore testamento. Isto casu facio cum Wissenbachio Molinæum secuto; adjectum usufructuario solum esse heredem adeoque hereditatem transmittere, etiamsi non supervivat post mortem fructuarii. Hoc vero casu sentio cum autore,* argumento *§. 3.* Instit. Quibus mod. test. infirm.

RESPONSIONI sequentia servient, ex quibus distinctio *D. Thomasii* corruet. Est hæc usus frequentissimi species. Nobis alia non videtur esse ratio usufructus, quam rei certæ, ex qua heres aliquis institutus sit. Qui autem ex re certa solus heres est institutus, ille fit heres ex asse, ut modo demonstratum est; nisi heres rei certæ habeat coheredem, *l. 13. C. h. t.* Sed qui post mortem heredis vocatur, is est substitutus vulgaris, aut fideicommissarius, *l. 64. de legat. 2. & l. 14. C. de fideicomm.* Proinde non fit heres, nisi alter non fiat, aut desinat esse heres, nec prius habet jus heredis, ut de omnibus substitutis constat. Wissenbachius Molinæum secutus, & Thomasius, eum, qui post mortem prioris heredis vocatur, appellant *adjectum*, suo arbitratu: cum qui post alium vocatur, sit verissime *substitutus*. In hoc adeo, nisi fallor, cardo hujus rei vertitur, substitutus sit, qui post mortem vocatur, an coheres. Tertium non datur; Adjectus ille, si est alius ab his duobus, est commentitius. Atqui substitutum esse, tam clarum est, quam quod heres ex usufructu est heres, & qui post mortem ejus vocatur, non est simul cum illo heres. Rectissime igitur in prædicta specie Curia nostra, nec aliud in consulendo judicandoque sequendum videtur. Effectus rei in duobus maxime consistit, in detractione Trebellianicæ, quam haberet in illa specie heres ex usufructu, ut gravatus fideicommisso consideratus; & in jure transmissionis, si moriatur ante heredem ex usufructu.

N. ADDIT.

Acceptamus, eum, qui in usufructu est institutus,

tus, convenire cum eo, qui in re certa est institutus, si nempe solus sit. Quod si ita dictum sit: Titius heres esto quoad usumfructum. Post mortem Titii Cajus heres esto. *idem est ac si Testator dixisset: Titius & Cajus heredes sunto, Titius quoad usumfructum, Cajus quoad proprietatem. Imo si & hic comparare velis Titium in usufructu institutum, cum herede in re certa instituto, constat tamen ex* l. 13. C. h. t. *quod si heres in re certa institutus habeat coheredem, habeatur pro legatario. Idem & hic de Titio dicendum. II. Eum, qui post mortem heredis vocatur, concedimus esse fideicommissarium, si heres proprietatem rei hereditariæ habeat. At si usufructus ei relinquatur, conjectura alio ducit. Unde saltem contradictionem suam repetit & constantiam pristinæ opinionis testatur Autor, dum dicit:* substitutum esse, *(illum quem adjectum dicunt,)* tam clarum est, quam quod heres ex usufructu est heres, & qui post mortem ejus vocatur, non est. *Mihi enim & Wissenbachio contrarium potius utrobique clarum videtur.*

Hæc aliter se habere dixerim, si testator usumfructum leget, aut generali verbo *relinquat* alicui: post mortem autem, scribat alium heredem. Nam etsi, ut dictum *alias*, vocabulum *relinquere*, adscribere, *maken* vernacule, atque heredis institutio, usu hominum quandoque promiscue accipiantur, quando tamen de formula seu discrimine legandi & heredem instituendi quæritur, nullo modo confundi possunt. Sed tum qui heredes instituuntur, ubi alii non extant heredes: statim fiunt heredes, ne offendatur regula legis *7. de R. J.* In sermone vernaculo tentavimus aliquid esse discriminis, utrum heres instituatur ex usufructu, an ad vitam, *part. 1. Jurispr. hodiern. lib. 2. cap. 16. n. 2.* quod heic non prosequemur, nisi quod verba *ad vitam* heres, aliis post mortem vocatis, magis exprimunt fideicommissariam substitutionem, quatenus in vulgi usu nihil frequentius est, quam verba *ad vitam* adhibere fideicommissariis, æque ac fructuariis. Attamen apud Nautam nostrum sic judicatum reperio, cum uxor heres *ad vitam* instituta esset, atque post ejus mortem alius heres scriptus, non dari primo heredi detractionem Trebellianicæ, semel in *causa Agathæ a Velsen, contra Scipionem Bokema. d. 15. Jul. 1636.* etsi addat relator judicati Nauta, inter partes super Trebellianica fuisse transactum. Rursus in *causa Ids Fockes cum soc. contra Breuterik Rinses ut Curatorem &c.* quamvis in hac specie uxori ad vitam institutæ, data fuisset potestas alienandi; quo casu res minus dubii habere videbatur, quia cum potestas alienandi addita est usuifructui, quamlibet legato, fit transformatio ususfructus in proprietatem cum onere fideicommissi, ut probavimus *ad tit. de usuf. n. 8. pag. 785. part. praeced.* ac ita in terminis a Curia nostra judicatum est, apud Sandium *lib. 5. tit. 3. def. 4.* scilicet, *Usufructuarium, cui data est potestas alienandi & bona minuendi, alio post mortem ejus scripto herede, esse habendum pro herede fideicommisso gravato.* Hanc in istis exemplis Nauta non negat fuisse Curiæ sententiam. Proinde quod Trebellianicam ait esse negatam, factum ideo fortasse, quod per fructus pridem consumpta fuerat. Atque hæc auctoritas, juncta priori exemplo judicati pro *Titia Thoma*, quæ fuerit olim Curiæ nostræ sententia, satis demonstrat. Paulo aliter Peckius *5. de Testam. conjug. c. 18. n. 2.* Mantic. *4. conject. 5. art. 5. n. 7.* Gail. *2. obs. 143. n. 5.* Wissenb. *loco citato.*

11. Postremo ad articulum de rebus, pertinet casus *Legis 13. de Liber. & posth. hered. inst. vel exhered.* quem vide sis in textu. Sed adde temperamentum ex *l. 32. C. de Inoff. testam.* Scilicet, ne unquam filia minus habeat Legitima.

SCHOLIUM.

Ex mente igitur JCti d. l. 13. *Filia debet accipere septimam partem, v. g. si hereditas consistat in 1200. thaleris, tunc ad filiam spectabunt 171. Ex temperamento vero* d. l. 32. *accipiet sextam partem, 200. thaleros, cui igitur summa ista excedens detrahenda est? an filio? an uxori? an utrique pro rata? Puto utrique.*

Sequitur modus instituendi heredes, de quo actum ad *Instit. h. t.* & agetur *inferius ad tit. de Condit. Institut.* Præterea ad modum instituendi pertinet captatoria institutio, quæ est, cum quis scribit heredem, ut ipse vicissim scribatur, * quomodo accipienda *l. 70. h. t.* ex qua patet, in *l. praeced.* non tradi definitionem captatoriæ, quod sit ea, quæ in alienam voluntatem confertur; nam hæc alio nomine prohibita est, *l. 32. h. t.* Sed

* Vera captatoriæ institutionis formula, videtur exstare in *l. 1. ff. de his qui pro non scriptis habentur:* Qua ex parte me Titius Heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto, de qua pluribus vide Ill. Thomasium *in dissert. de captatoriis Institutionibus.* Halæ 1696.

mens

mens est, captatoriam non esse, quæ ex honesta & reciproca affectione fit, verum quæ dirigitur ad aucupandum successionem ejus, de cujus voluntate nobis non constat. adde Wissenb. *disp. ff. 56. th. 16.* Denique in arbitrium alterius collata institutio, nullius momenti est, *l. 32. h.* Quanquam heres sub conditione, quæ ab alterius arbitrio pendet, recte instituitur, *l. 68. & l. 102. de C. & D.*

TIT. VI.

De Vulgari & Pupillari Substitutione.

I. Remissio, & quæstio, an casus unus trahatur ad alterum. II. Quatenus heredum parentes per substitutos excludantur. III. Casus, quo heres instituti excludit substitutum, disceptatur. IV. Casus secundus. V. Casus tertius refellitur. VI. Quartus casus disp. & quintus remissive. VII. Non recte poni ut requisitum substitutionis Pup. Aditionem hereditatis. VIII. Subst. vulgarem non tollere fuit atem. IX. Esse, qui substitutiones vulgares & pupillares scribunt usu esse abolitas. X. Contrarium demonstratur a forma. XI. Ab effectu. XII. Differentia effectus inter vulgarem & fideicommissariam, exemplo demonstratur. XIII. Minorem tamen usum esse pupillaris substitutionis. XIV. An detur quintum genus substitutionis, a vulgari, pupillari, exemplari, fideicommissaria distinctum. XV. Conclusio.

DE utraque substitutionis specie actum est ad *tit. Inst. de Substitut. vulg.* & *ad tit. de pupill. subst.* ubi, sis, vide. Sub forma vulgaris substitutionis, *si heres non erit*, monuimus, tres comprehendi casus; si primus heres ante testatorem moriatur, si postea nolit, vel non possit, *tit. I. de vulg. subst. n. 5.* Quando testator formula communi usus est, *si heres non erit*, substitutus admittitur, quicunque de tribus illis casibus extiterit. Sed cum Testator unum eorum casuum expressit, ut *si primus heres nolit*, & dein mortuus sit, antequam *posset*, substitutio evanescit, ut videtur, quia casus illi realiter discrepant, *arg. l. 10. de lib. & post hered. inst. vel exhered.* ubi: *si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit, natus rumpit testam. L. 101. pr. de C. & D.* verb. *Si ei Procula defuncti filia nubere noluisset: Quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri. L. 21. h. t.* ubi *in fine*: Non enim videtur *in hunc casum substitutus.* Adde *l. ult. C. de Institut. & substit. l. 22. in pr. Solut. matrim.* In quibus locis, non quidem eædem factorum species referuntur, ut Struvius *hic n. 15.* argumentatur, sed omnes in hoc conspirant, casum unum non esse producendum ad alium, verbis sensuque diversum, ut heic fieret manifesto. vid. Treutl. *vol. 2. disp. 11. th. 6.* ibidem Bachov.

SCHOLIUM.

Mihi videtur contrarium cum Struvio h. t. th. 13. & Eckolt. th. 7. *Consentientes Autori vide ap.* Schütz. in comp. h. t. p. 386.

RESPONSIO.

Apud Struvium citantur in contrarium Lex 3. h. t. l. 22. ad Sc. Trebell. l. 16. Sol. matrim. *Prima nihil habet, nisi forte contrarium. Erit igitur lex* IV. *ubi celebris illa productio casus pupillaris ad vulgarem, & vulgaris ad pupillarem, de qua nos egimus ad* tit. I. de Substit. pupill. *n.* 3. *Dabimusque Struvio quod postulat, si parem textum & sanctionem pro extensione casus, si non* possit, *ad casum,* si nolit, *& vice versa, proferre queat: per constitutionem expressam fieri posse tales productiones, intelligimus. Interpretum eas esse, negamus.* Lex 22. & lex 16. *tam parum ad rem faciunt, ut fere in his quoque suspicer mendas. Unica sententiæ oppositæ ratio est, quod utraque substitutio,* si nolit, si non possit, *in eum finem fiat, ut defunctus habeat substitutum, si primus heres non sit, qui finis est communis utrique casui controverso. Sed respondetur, illum finem recipere divisionem in voluntate Testantium, juxta diversos eventus. Si finem illum generalem simpliciter respexisset testator, verbis generalibus usus esset,* si heres non erit. *Quando autem specialibus usus est, his generalem addere sensum, non est, inquam, interpretis. Tertia Struvii ratio nihil concludit.* Casus, *inquit, si* heres esse noluerit, opponitur illi, si heres esse voluerit: non vero intelligitur voluntas nuda, sed efficax: Illius vero voluntas, qui non potest esse heres, plane est nulla. *Sufficit hoc, ut is cujus nulla fuit voluntas, dicatur non implesse conditionem,* si noluerit. *Plane si verba sensumque verborum intueamur, sunt hæ conditiones diversæ, quas sine Lege speciali, quæ deficit, non licet facere promiscuas.*

N. ADDIT.

Ratio sententiæ nostræ hæc est. Testamenta sunt explicanda ex mente Testatoris. Concedit Autor, conditionem, si heres non erit, comprehendere casum utrumque: Si heres esse nolit, aut si heres esse non possit. Ratio, quia testator, dum alium primo substituit, primum magis diligit quam substitutum, adeoque haud dubie vult substitutum in utrumque casum admitti. Jam igitur est quæstio, si testator dixerit: Titius si heres esse nolit, aut altera formula, si heres esse nequeat, Cajus heres esto, an testator substitutionem voluerit saltem ad unum casum restringere? Non videtur, nisi alia conjecturæ aliud suadeant. Nam certum est & hic, testatorem magis dilexisse institutum, quam substitutum, sed substitutum tamen magis quam heredes ab intestato. Et qui vult adeo substitutum esse heredem, si institutus esse nolit, is non præsumitur heredes ab intestato amare cœpisse præ substituto, si institutus heres esse non possit; aut vice versa. Quid enim hæ conditiones facerent ad excitandum amorem erga heredes ab intestato, aut ad extinguendum amorem erga substitutum? Sed cur tamen, inquies, testator unum saltem casum expressit? Haud dubie, quia alterum casum non exstiturum putavit, v. g. Senex Juvenem instituit, cujus mortem ante suam mortem exstituram non opinatur, multo minus causas metuendi habet, eum deportatum iri. Hoc intuitu ergo saltem dicit: Si heres esse nolit. Certum autem est hoc casu, si amicus eum tempore conditi testamenti admonuisset: Quid si vero Titius heres esse non possit; eum non fuisse responsurum, tum volo, ut heredes ab intestato sint, sed se tum multo magis velle substitutum succedere. Similiter, si quis hominem ætate magis provectum, de cujus amicitia nullum habet dubium, heredem instituat, aut si etiam tempore testamenti conditi testator sit homo dives, qui non habeat causam timendi, quod quis heres ejus esse nolit, & heredi primo substituat apposita conditione, si heres esse non possit, iterum haud dubie non responderet quærenti, quid vellet, si heres primus heres esse nolit: volo, ut tum heredes ab intestato succedant, sed volo & tum, ut heres substitutus hereditatem habeat. Quare cum sententia hæc ex rei natura & voluntate testatoris descendat, non opus est, ut ullo textu corroboretur, sufficit, quod Autoris opinio contraria non extet in textibus Nam argumenta, quæ pro se ex aliis legibus adduxit, ubi haud dubie in aliis casibus & conditionibus, conditio voluntatis & impotentiæ jure suo pro diversis habentur, nihil concludunt, cum in istis casibus plane sint diversæ a præsenti quæstione rationes. Interim graviter pro nostra sententia facit argumentum l. 4. h. t. *Nam si Imperatores in casu substitutionis vulgaris & pupillaris, (ubi tamen de voluntate testatoris ob duplicitatem testamenti in pupillari substitutione, & alias causas, non contemnendæ suberant dubitandi rationes,) voluerunt, ut una alteram comprehendat, quis jam dubitet, quod in vulgari casus unus expressus, non contineat tacite alterum casum omissum, præprimis cum de eo casu nemo dubitaverit, nec ob evidentiam rei hactenus expositam dubitare potuerit, ut adeo non opus fuerit decisione Imperatoria in negotio aperto? Hinc cadit Autoris postulatum, quod pro sententia nostra debeamus afferre constitutionem, cum interpretes talia definire nequeant. Cur enim interpretes non definirent quæstionem, cujus definitio pendet a conjectura moraliter certa de voluntate defuncti? Imo etiamsi quæstio fuerit valde dubia, cur Interpretum definitio non idem valeret, si rationabilis sit, quam interpretatio principis, (utique apud JCtum rationalem?) Nam si ad omnia dubia JCtorum & dissensiones semper necesse fuisset, accedere constitutiones Imperatorias, fere tota Pandecta nullius essent usus.*

2. In utrisque substitutis habet etiam locum regula, quod successio legitima cesset, quamdiu testamentaria speratur, *l. 70. de Acquir. hered.* Unde sequitur, matrem heredis instituti a substituto excludi; quod etiam obtinet in pupillari, ne legitima quidem excepta, *l. 8. §. 5. de Inoff. test.* respectu matris scilicet, qua de re scripsimus ad *tit. de Inoff. testam. n. 7.* idque etiam in tacita pupillari juris esse, probat D. Wissenb. *th. 28. b.* Contrarium tamen jure Saxonico receptum esse monet Thomasius in *schol. ad posit. 4. b.* Pater quoque heredis instituti, cedit substituto, per *d. l. 70. & l. 39. eod.* nisi filius repudiet hereditatem delatam, quo casu pater quasi ex testamento immediate vocatur, *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* ubi non modo filius, sed etiam, nolente eo, Pater, in cujus potestate est, jus succedendi habet. Verba, *Si heres non erit*, in eo quidem ait Imp. *§. ult. Inst. de vulg. subst. quem alieno juri subjectum esse testator scit*, sic accipiuntur; Si nec ipse heres erit, neque alium heredem effecerit, Patrem scilicet, si filiusfam. institutus sit. (†) Unde probatur, quod Pater, quando acquirit hereditatem, vi institutionis a Testatore factæ eam acquirat, ac

ita

ita non modo legis, sed testamenti quoque sententia fretus est. Dissent. D. Wissenbach. aliique ab eo citati, *parte 1. Pand. disp. 56. th. 17.*

SCHOLIUM.

Momentum controversiæ in eo consistit, an d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo Filius substitutum habuit? Negat Wissenb.* d. l. *non improbabiliter.* Conf. Struv. & Eckolt. dd. ll.

(†) *Supple: & adierit. Wissenb.* d. l. *Quo pacto Autoris, quod statim sequitur, UNDE &c. evanescit.*

RESPONSIO.

Illud supplementum heic usu non venit, quia non quæritur de eventu aditionis, sed de voluntate testatoris, quem is vocasse censeatur. Quando vocavit filiumfam. cujus pater in casu repudiationis jus filii habet, eundem, si filius repudiet, vocasse videtur. Ac ita ratio oppositæ opinionis, quod pater ex lege, substitutus e Testamento veniat, convellitur, Nostrum autem Unde &c. consistit.

N. ADDIT.

Me vero ista non persuadent. Credo, quod illud supplementum Autori usu non veniat, quia evertit ejus intentionem. Et si omittatur istud supplementum, quod tamen d. §. ult. Inst. *supponit, tum Autor probat idem per idem, quia tum æque in quæstione est, an filius institutus, patrem heredem faciat, si non adierit, vi patriæ potestatis, de qua §.* ult. *iterum intelligendus,) ac in quæstione est, an* d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo filius substitutum habeat. Reliqua Autoris omnia petunt principium.*

3. Sunt & alii casus, quibus heres instituti potior est substituto; quoties scil. hereditas non adita transmittitur in heredem, modo tum primus heres testatori superstes fuerit, cum alioqui non possit fieri transmissio. Talis casus videtur; Quando Pater suo heredi vulgariter substituit; Nam hoc ipso, quod filiusfam. superstes fuit, patri heres est factus, *l. 14. de Suis & legit. hered.* & *l. 11. de Liber. & post. hered.* utique si non abstinuerit. Quippe substitutio vulgaris non tollit suitatem, ut mox intelligemus, etsi vulgo aliter Dd. Ad objecta respondet Struvius *h. tit. n. 17.* Sed alius mihi scrupulus sedet; Quando Pater substituit filio pupillariter, si tum hic post patrem quocunque tempore moriatur, substitutus haud dubie, excluso herede legitimo filii, venit. Sed vulgaris expressa continet pupillarem tacitam, & hujus vim ac potestatem habet, *l. 4. h.* Ergo filiusf. cui vulgo substitutum est, post patrem mortuus non transmittit hereditatem in legitimos heredes, quia vi tacitæ pupillaris etiam vocatus intelligitur in casum, *si heres erit, sed ante pubertatem morietur, d. l. 4.* juncto *pr. Inst. de Pupill. subst.* Si hæc ratio valet, ut mihi videtur, casus hujus theseos referendus est ad liberos non suos, qui jure novo jus immediatum transmittendi habent, ex *l. un. C. de his, qui ante apert. tab. l. 11. C. de suis & legit. hered. l. un. §. 5. & 13. C. de Caduc. toll.* Hi non sunt capaces substitutionis pupillaris, quæ patriam potestatem supponit, ideoque nec regula, quod vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat, ad illos pertinet.

4. Alius casus est in *l. 84. de Acquir. hered.* (†) ubi filiusfam. non potuit adire, quam diu venter præteritus non est editus; Nam si interea moriatur, heres ejus substituto præfertur, ideo, quod hereditas necdum delata fuit; at primo herede mortuo, ad secundum institutio propagata fuit, *d. l. 84.*

SCHOLIUM.

(†) *In quo Wissenbach. etiam heredem instituti substituto præferri asserit, quod Autor hic quidem probat, sed alium a priori casu hic contineri statuit, quod agnoscimus. Cæterum, uti Wissenbachius ab hoc ad priorem casum non argumentatur, ita differentia, quæ est inter hos duos casus, tanta haud est, ut identitatem decisionis labefactet.*

RESPONSIO.

Nulla discrepandi a Wissenbachio hac parte causa vel animus fuit, secus ac in seq. exemplo.

N. ADDIT.

Bene est, si Autor hic a Wissenb. non dissentit, quod putandi tamen causam habebam, quia in positionibus præcedebat casus, quem jam tractat autor in n. 5. *ubi a Wissenbachio utique dissentit, & cum in* positione 9. *respondere voluisset ad rationes Wissenbachii, tum incipiebat positio 10.* Rursum alind est in casu l. 84. de acquir. hered. *Per hoc rursum seductus sum, ut crederem, adhuc eum velle continuare responsiones contra Wissenbachium.*

5. Idem juris esse, tradunt Wissenbachius ad *d. tit. de Hered. instit. th. 10.* & pleniore manu Struvius *d. th. 17. Q. 3.* cum extraneus heres deliberans est mortuus, quasi & tunc vulgariter substitutus excludatur, eo quod deliberandi jus ad heredem transmittitur, *l. un. §. 13. C. de Caduc. toll. l. 19. C. de jur. delib.* quam sententiam communiter receptam Struvius affirmat, ut tamen

nec pauciores, nec ignobiliores memoret dissentientes, quos inter Vinnius ad *§. ult. Inst. de vulg. subst.* Ex ratione Juris probandum videtur contrarium. Quando enim heres extraneus deliberans decessit, existit casus, *si heres non erit*; quia verum est, deliberantem, non fuisse heredem, quo casu substitutus vocatur expressa voluntate defuncti, cum jus illud transmissionis sit ex lege *tacitaque* defuncti voluntate (in positione 9. inrepsit, *expressa*, quod & Thomasius in scholio advertit) & præterea non transmittitur jus heredis, sed jus deliberandi. Atqui substitutus non excluditur per deliberationem, sed per additionem sive existentiam primi heredis, quæ heic nulla fuit. Struvius adhuc utitur *arg. l. 3. in pr. C. de jure delib.* quæ agat de suo herede jus suum transmittente in filium, cui proinde fratrem defuncti cedere oporteat, quod ab hac Quæstione est alienissimum. Thomasii scholiis *h. t. ad d. posit. 9.* ex prædictis abunde satisfactum est.

N. ADDIT.

Videbimus, sed postquam in integrum prius restituerimus scholia, de quibus est quæstio, quod hic commode fieri nequit, sine appositione positionis.

Positio 9. Idem juris vulgo esse traditur (D. Wissenbach. ad tit. ff. de hered. inst. th. 19.) *cum extraneus heres deliberans decessit, quasi & tunc vulgariter substitutus excludatur; sed contrarium verius videtur, quia institutus non adiit hereditatem, (g) & transmissio juris deliberandi, de qua in* l. 19. C. de jur. delib. *(h) venit ex voluntate defuncti expressa; (i) & heres primus hoc casu defecit, neque factus est heres, quod ad substitutum excludendum requiritur.*

(g) Nec tamen dici potest, quod non adierit, aut repudiaverit, qui jus deliberandi ad heredes transmittit. Substitutus autem tunc demum venit, si heres scriptus heres non erit.

(h) Quam nimirum dissentientes Wissenbach. & Struv. *dd. ll.* urgent.

(i) Si hæc est responsio ad objectam Autori *l. 19.* dicam eam potius pro Wissenbachio militare. Si enim transmissio venit ex voluntate defuncti expressa, etiam ex eadem expressa voluntate heres instituti præferretur heredi substituto. Fortassis igitur Autor contrarium dicere voluit, & scilicet: *Substitutum vocari ex voluntate testatoris, transmissarium autem ex lege, adeoque hunc ab illo excludi; vel d. l. 19. limitandam esse, ut non procedat in casu, si institutus substitutum habeat.* Est hæc responsio non nullius momenti, similem enim Wissenbachii responsionem *ad l. ult. C. de bonis quæ liber.* approbavimus *ad posit. 5.* Sed facile tamen regeri potest, 1. Quamvis transmissarius ex lege vocetur, non tamen vocari contra voluntatem testatoris, sed rationem legis niti in voluntate defuncti præscripta. 2. Quod hoc loco non destituamur extensione authentica ipsius Justiniani, *in l. un. §. 5. & 13. de caduc. toll.*

His præmissis firmum manet Scholium lit. g) positum. Nam conditio si heres non erit, resolvitur in duos casus: Si heres esse nolit, & si heres esse non possit. Prior casus non extitit, quia noluit contrarium, imo impetrando spatium deliberandi jam magis inclinavit ad voluntatem, quam noluntatem. Neque enim dici potest, casum, si non possit, hic obtinere, postquam lex jus deliberandi defunctis heredibus concessit, ut adeo, si ipsi adeant, ex hoc beneficio legis censeatur defunctus ipse adiisse. Deinde verum quidem est, quod expressa voluntas contraria præcedat voluntatem tacitam contrariam, sed partim hic in quæstione est, an expressa voluntas substitutionis obtineat in hoc casu, de quo quæstio est, (ita ut si regula recte debuisset applicari, oportuerit ita scriptum esse in testamento: Si Titius heres non erit, etiamsi tempore deliberationis moriatur, Cajus heres esto. Tum vero haud dubie Cajus excludet Titii heredes;) partim hic non agitur de voluntate tacita, sed de voluntate a lege præsumpta, (ut jam notavi in scholio lit. i) *cujus fortior efficacia quam voluntatis tacitæ, per ea, quæ latius supra notavimus de differentia voluntatis tacitæ & præsumptæ,* in nova addit. ad tit. de procurat. & defens.

6. Postremo quæritur, si primus heres sit minor, isque adierit hereditatem, an si postea restituatur, substitutus admittatur quasi heres non fuerit, an legitimus vocetur, quia primus heres fuit & substitutio simul expiravit. Pro substituto, ut communiore sententia, differit Struvius *d. th. 17.* Contrarium tenet Zoes. *ad h. t. n. 13.* Perezius *ad h. tit. C. n. 7.* aliique, in utramque partem citati a Struvio. Ex ratione juris, non videtur substitutus admitti, quia minor semel heres factus est aditque hereditatem, quo facto vulgaris substitutio expirat, *l. 5. C. de Impub. & al. subst.* Nec quidem secuta restitutio facit, ut heres esse desinat, *arg. l. 43. §.*

43. §. 3. h. t. l. 88. in fin. de Acquir. hered. In effectu quidem amittit bona & actiones, adeoque jus heredis, perinde ac si mortuus esset minor, qui ab aditione restituitur: Sed cum neque post mortem, aditione semel commissa, substituti jus reviviscat, nihil est causæ, cur id per restitutionem fieri dicendum sit: plura *laudati auctores.* Casum alium, qui est in *§. ult. I. de vulg. subst. & l. 40. h. t.* satis *ad d. §. ult.* prosecuti sumus.

7. Wissenbachius noster, secutus nescio quos *th. 24. ad h tit.* requisitum pupillaris substitutionis inculcat, *quod aditam oporteat esse hereditatem ex testamento Paterno*, alioqui pupillariter substitutum non admitti ad successionem; quod etiam totidem verbis in *l. 2. §. 1. h. t.* ab Ulpiano sit scriptum. Id tamen ut præceptum generale positum, a terminis juris alienum est, quia pupillaris substitutio non convenit, nisi filiis in potestate positis, qui nunquam *adeunt*; hoc enim extraneorum est, *§. ult. Inst. de Her. qual.*

SCHOLIUM.

Immo non est a jure alienum. Nam revera Autor a Wissenbachio non dissentit, nisi in his paucis. Wissenb. regulam format; Aditam esse oportet hereditatem ex testamento paterno, ut valeat substitutio pupillaris; *scilicet*, Si pater instituerit extraneum heredem. *Excepit postea ab hac regula*; Si suus heres quis patri extiterit, *& nimirum fuerit institutus. Autor contra in* n. 14. hic *exceptionem Wissenb. loco regulæ ponit, & regulam loco exceptionis, quod in præsenti quidem casu perinde esse arbitror.*

RESPONSIO.

Non magni operæ pretium est in hoc quæsito. Sed quia Præceptoris nostri labores Auditorum nostrorum manibus teruntur, monendos putavi, ne in principia juris impingerent, aut se intricarent. Si quod Thomasius addit, a Wissenbachio additum fuisset, admonitione opus non fuerat. Præceptor ille noster regulam ponit generalem, verbis generalibus de substitutione pupillari. Hanc vult Thomasius intelligi de casu, Si pater instituerit extraneum heredem, *qui casus exceptus & rarus. Ab hac tamen regula de casu extranei heredis instituti laudat Wissenbachium excipientem casum*, si suus heres testamento sit institutus; *Sic enim habent verba Wissenbachii exceptionis. Quid magis ἀσύστατον, ne dicam contradictorium? ut ex* seqq. *patet.*

N. ADDIT.

Initio non bene fecit Autor, quod scholia nostra truncaverit & plurima omiserit, tam ad præcedentia textus verba, quam ad ea, quæ in hac controversia sequuntur, pertinentia, quæ itaque coacti sumus, ad vim disputationis eo fortius imprimendam, jam per modum novarum additionum adjicere. Ad præcedentia pertinent hæc duo. Ad verba: Quod pupillaris Substitutio non conveniat, nisi filiis in potestate positis, *dixeram: Sed tamen non necesse est, ut hi instituantur, sed possunt exheredari, & extraneus institui, & ad verba,* qui nunquam adeunt: *quod supposito isto casu, extranei aditio non sit necessaria. Nunc videamus, quid Autor respondeat. Ubi 1. obscuritas Wissenbachii postulabat quidem admonitionem, qualem ego dedi, sed non correctionem & contradictionem, præprimis cum vix subsit obscuritas. II. Quod vero addit Autor, contradictorium esse, quod dixerim, Wissenbachii regulam intelligendam esse de herede extraneo, & tamen simul laudaverim exceptionem ejusdem de suo herede, aliquid inferret, si dixissem, regulam Wissenbachii expresse mentionem facere extranei, tum enim exceptio non foret de casu regulæ. At cum dixi, regulam Wissenb. esse exponendam de extraneo, adeoque casum extranei tacite subintelligi, nulla est contradictio, quod limitationem regulæ fecerim de suo herede. Nam limitatio regulæ testatur de sensu ejusdem.*

Etsi enim adeundi verbum improprie sumptum dicas, pro *miscendi*, † ne ita quidem procedet ea regula, quia immixtio hereditatis non requiritur ad effectum pupillaris Substitutionis. Perinde enim est, utrum filius abstineat, an agnoscat, ad *tit. Inst. de pup. subst. n. 4. pag. 201.*

N. ADDIT.

† *Non opus est hoc effugio, ob dicta in scholiis præcedentibus.*

Et tamen, quod mireris †, iidem Auctores (*d. thes. Wissenb.*) ab hac regula; *Aditam oportet esse hereditatem, ut valeat substitutio pupillaris*; excipiunt casum inter alios; *si suus heres testamento sit institutus*; Etenim me aut omnia fallunt, aut substitutio pup. nunquam habet locum, nisi in heredibus, †† qui sint in potestate Testatoris: prorsus ut illa regula & exceptio præposteræ videantur.

N. ADDIT.

† *Cessabit & hæc admiratio, si scholia præcedentia perpendas.*

†† *Habet tamen etiam locum, si hi heredes exheredentur, quod pro Wissenbachio sufficit.*

At

At Ulpiano quid faciemus in *d. l. 2. §. 1.?* Diximus, quam Ulpianus ibi proponit, hanc esse exceptionem. Nempe Regula sit talis; In substitutione pupillari nihil refert, utrum filius institutus se misceat, an abstineat. Exceptio hæc; Quod si pater priore loco extraneum fecerit heredem, aut coheredem, filioque tamen substitutum dederit, ut facere potest, *§. 4. h. t.* tunc non valet pupillaris substitutio, nisi adita sit hereditas. Agere Ulpianum † de casu, quo Pater extraneum instituit, primo liquet ex verbo *adeundi;* Dein quia tractat in *d. §. 1.* hanc quæstionem, an Pater possit sibi æque ac filio, separatim scribere heredes; Quæ quæstio vix potest habere locum, quando pater ipsum & solum filium relinquit heredem. Adde *Legem 11. §. 1. ad Sc. Trebell.* †† & Cujacium *26. obs. 1.*

N. ADDIT.

† *Hoc acceptamus pro Wissenbachio. Nec enim hic aliter regulam suam intelligi voluit.*

†† *Et ad hanc ipsum Wissenbach.* d. l.

7. Substitutio, ut dictum, Pup. † expressa continet vulgarem tacitam, quia cum pater totis XIV. annis filium noluerit esse intestatum, multo minus ab initio voluisse videtur. †† Eaque ratio evidentior est, quam quæ pro altera regula affertur, *quod vulgaris expressa contineat tacitam pupillarem,* quod tamen magis extra controversiam collocatur ab Interpp. vid. Vigl. *ad pr. I. de pup. subst.* Nam casus, *si heres non erit,* valide satis deficere videbatur, quando filius jam per aliquot annos patri cum effectu heres fuit, & tamen vi regulæ hujus, eo deficiente, substitutus, qui vocatus erat, *si filius heres non esset,* jam quoque admittitur.

SCHOLIUM.

† *Disputat hic adversus eos, qui admittunt, vulgarem expressam continere tacite pupillarem, negant vero, pupillarem expressam continere tacite vulgarem, verba, ut videtur,* l. 4. ff. & C. h. t. *nimis captantes.* vid. Struv. h. t. th. 22.

†† *Hoc non capio.* * *Evidentius, ut puto, dicemus cum Struvio; Si testator voluit substitutum esse heredem, filio sibi succedente, multo magis voluisse præsumitur, filio abstinente.*

RESPONSIO.

Lectoris judicio libens committam, utra sit evidentior ratio, ne verba gratis teramus: præsertim, quia super hoc articulo jam diximus ad Inst. h. t. num. 3.

N. ADDIT.

Fiat. Submitto & ego rem totam judicio Lectoris.

Adde, quod si conditio vulgaris substitutionis non extendat se ad pubertatem, tunc non possit habere usum, quum filio ante testatorem mortuo, quem casum turbatæ mortalitatis non videtur spectasse; Etenim filiofam. supervivente, nullo modo poterat deficere conditio, *si heres non erit:* quia filiusfamil. est heres ipso jure atque necessarius: Nam substitutio vulgaris non tollit suitatem, neque ex necessario facit voluntarium heredem, ut Dd. sine juris autoritate volunt; Verum, quando pater de filio ait, *si heres non erit,* tum non spectat utrumque casum, si *aut non potuerit, aut noluerit;* sed juxta terminos habiles legum id est accipiendum, *si vel non potuerit morte præventus ante me,* vel dein emancipatus *repudiaverit, aut etiam abstinuerit,* quod tantum scilicet est juris prætorii. Ita fere & Sand. *lib. 4. tit. 3. def. un.*

SCHOLIUM.

Mallem, ut termini, heredis voluntarii & necessarii, *huic quæstioni plane non immiscerentur. Quæritur enim, an per substitutionem vulgarem filiofam. factam, desinat is esse suus? Hoc est, an fiat* extraneus; *Et ita adire hereditatem debeat, si velit heres esse & substitutum excludere, an vero sufficiat sola ejus existentia, & non facta abstentio? Videntur equidem Dd plerique, qui hanc controversiam tractant,* voluntarium *heredem &* extraneum *sumpsisse synonymice. Sed profecto hæc usur-*

* Si nostram licet post tantos viros sententiam dicere, Struvii ratio non satis facit, utpote quæ mortis casum non continet, & alia iterum quadam ratione indiget. Poterat dici, voluisse patrem pupillari substitutione animum substitui & ejus benevolentiam pupillo suo conciliare, ut per teneram ætatem habeat patronum, qui personam bonaque tueatur, noluisse hæc omnia, si filius ante patrem moritur, & cessante ita diligendi substitutum ratione, prætulisse dilexisseque heredes legitimos. Inflectamus paululum Huberi rationem & plenius dicamus, patrem. qui tam longa providentia præcavere voluit, ne filii, cum pater moribundus testatur, forte nondum anniculi hereditas, per quatuordecim fere annos ad causam intestati redeat, multo magis voluisse, eadem intestati fuga, substitutus sibi ut sit heres, vulgari ratione, & ut præferatur statim legitimis heredibus, quem post mortem per omnem filii ætatem pupillarem præferri voluit.

patio

patio facit, ut eos, & autorem quoque cum Sandio, ex quo Posit. hac desumpta, collatum, quid docere velint, vix intelligas. Distinguit hac equidem Struvius d. th.15. Vulgarem substitutionem facere quidem ex filio heredem *voluntarium*, salvo tamen jure *Suitatis* manente, *asserens: quo pacto eadem re ipsa ejus cum autore videtur esse opinio. Sed nescio, an & hac locutio tolerari possit. Quod enim filius sit heres voluntarius, id non facit substitutio vulgaris, sed facit jus Pratorium.*

RESPONSIO.

Qui subjectam casus speciem, in qua usus rei exhibetur, consideret, videbit mentionem voluntarii *&* necessarii *abesse non posse. Talis conditio*, si volet, heres esto, *facit ex necessario herede voluntarium,* l.12.de condit. instit. *(non solum igitur jus Pratorium, ut in scholio.) Substitutio vulgaris,* si heres non erit, *continet utrumque casum,* si nolit: si non possit: *vulgaris substitutio arguit heredem voluntarium, si persona heredis, voluntaria qualitatis sit capax. Si non sit, verba,* si heres non erit, *ad alteram speciem,* si non possit, *referenda sunt. Et cum suus heres non sit capax voluntaria qualitatis, nihil opus est, ut illum his verbis voluntarium fieri statuamus, quia verba* si heres non erit, *capiunt alium sensum, si non possit esse heres. Non possunt igitur, neque debent, separari suitas & necessitas, nec qualitas extranei & voluntarii, ut vult Struvius, & magis adhuc Thomasius.*

N. ADDIT.

Jus pratorium opposui in Scholio substitutioni vulgari, unde male Autor, dum me notare vult, hanc locutionem opponit l. 12. de Condit. instit. *ubi de substitutione vulgari non agitur. Reliqua, qua de sensu substitutionis vulgaris suo heredi adjecta addit Autor, repetunt saltem dicta in textu, ad scholium vero meum nequaquam respondent.*

Speciem facti, quae comprehendit usum rei, subjiciemus παραφραστικῶς e Sandio *d. lib. 4. tit. 3. def. un.* Filia abstinens hereditate patris ob aes alienum, petit avitam hereditatem, ut vulgariter substituta patri suo, qui quidem non miscuerat se bonis paternis, at nec abstinuisse probabatur. Filia sic ait; *pater meus non fuit heres avo meo, Ego substituta sum, in casum si heres non erit; Ergo ad me bona spectant.* Creditores patris ejus respondent, *Tuus pater fuit ipso jure heres suo patri, & sic bona ei acquisita fuere, nobisque in ea competit actio.* Filia replicat; *pater meus accepit me substitutam in casum, si heres non esset, hoc est, si nollet vel non posset adire,* l.3.C. de Hered. instit. *Ergo non fuit necessarius, sed voluntarius heres, & quia non adiit, heres quoque non fuit.* Creditores duplicant, *Imo mansit heres necessarius, & sic bona quaesivit ipso jure, sine facto aditionis vel immixtionis.* Inde resultat τὸ κρινόμενον, ut veteres, sive punctum juris decisorium, sicut hodie loquuntur; An vulgariter substitutus, ex suo necessarioque fiat extraneus & voluntarius heres. * Nam inde pependisse statum controversiae, testatur Sandius in his verbis; *Cujus quaestionis decisio dependet ex alia inter Doctores controversia; nempe, an filius hic censeatur ipso jure hereditatem patris absque immistione (de hac non constabat) acquisivisse, adeoque quod existentia sui heredis, quam Graeci ἀναφανῆ vocant, substitutio vulgaris extincta sit, an vero filius iste ob substitutionem vulgarem habendus sit pro herede voluntario, ideoque substitutioni locus sit factus, cum filius hereditatem non probetur adivisse &c.* Judicatum est, ut supra diximus, filium mansisse necessarium heredem, non factum esse voluntarium, & sic bona ei acquisita fuisse, quae proinde Creditoribus ejus essent obnoxia. Haec vicinis pragmaticis subtilia, forte an & inania viderentur.

9. COLLATIO USUS HOD. Utrumque titulum de vulgari & de pupillari substitutione, una litura delet Groenewegius; & quidem de priore tribus nec pluribus ita ait; *non est in usu;* de altera sic infit; *moribus hodiernis, singulari illa patria potestate, qua Romanorum civium propria fuit, ejusdemve peculiaribus effectibus obsoletis, pupillaris & exemplaris substitutio in desuetudinem abiit.* De vulgari miror, qui id Jurisconsulto in mentem venire potuerit, cum nihil in ea sit, quod hodiernis moribus aliter obtineat, quam jure Romano traditum est. Quid enim vetat ita dicere in testamento; *Uxor heres esto, si heres non fiat, vel si ante moriatur, frater heres esto,* vel simili formula? non modo nihil obstat, sed omni die sic etiam instituitur, ne quis id fideicommissum esse putet, uti mox videbimus. D. Voetius, etsi non autumat, usu fori vulgarem substitutionem esse sublatam; id tamen se lubenter agnosce-

* Forte rectius τὸ κρινόμενον ita formabis, An filius suus & necessarius heres, ideo, quod ei vulgariter substitutum est, pro extraneo & voluntario habendus sit, an potius suitas substitutionem exstinxerit. Et ita etiam Sandius *alleg. verbis.*

re fatetur, raro his diebus fieri substitutiones, nec amplius opus iis esse, cum per fideicommissa consequamur idem, quod Romani per substitutiones agebant, ad *fin. tit. Inst. de vulg. subst. & ad tit. sequ. §. 9. n. 5.* Imo nihil mutationis invectum esse ex sequentibus patebit.

10. Præter Quartam Trebellii, quæ ex fideicommissis deducitur, non e substitutionibus, hæc etiamnum intersunt. Vulgaris fit in casum heredis primi non existentis, *pr. Inst. h. l. 8. C. de Impub. subst.* Fideicommissaria substitutio, in casum, si primus heres fiat, ut tum post tempus vel post mortem, bona ad alium perveniant, *§. 2. & 3. Inst. de fideicomm. hered.* Pupillaris hoc modo; ***Filius heres esto; si ante pubertatem moriatur, Alius heres esto;*** Fideicommissaria nunquam fit hac forma, ***ut Alius sit heres;*** sed ut ***bona*** testatoris a primo ad Alium ***devolvantur.***

11. Hinc oritur differentia in usu & effectu, ***primo*** inter vulgarem & fideicommissariam. In illa substitutus non succedit primo heredi, verum Testatori, quia primus heres, qui scriptus erat, in hac hypothesi non fit heres; substitutus non admittitur, si primus adierit hereditatem, vulgaris enim substitutio per aditionem extinguitur, *d. pr. Inst. ibique omnes Interpp. l. 5. C. de Impub. subst.* Ex adverso in fideicommissaria secundus semper succedit heredi primo, neque secundus admittitur, nisi primus acquisiverit hereditatem; fideicommissarius enim suum jus a fiduciario consequi debet; Fideicommissum ita fert, ut bona devolvantur & perveniant de fiduciario sive primo in secundum heredem, quod fit mediante restitutione; hæc autem intelligi non potest, nisi primus heres bona adeptus sit, Sand. *l. 4. tit. 5. def. 1.* Quapropter, si fiduciarius, a quo bona pervenire debebant ad fideicommissarium, ante hunc excedat e vivis, ipse nihil juris obtinere potest, cum vulgaris substitutio tum demum vel maxime usum effectumque habeat, ut diximus in *prælect. ad tit. Inst. de fideicomm. hered. pos. 8. & seqq.* Discrepantia pupillaris substitutionis a fideicommissaria, in hoc est evidentissima; quod pupillariter substitutus fiat heres pupillo; proinde cuncta ejus bona adipiscatur, non modo quæ a patre Testatore habet, sed etiam materna, aliaque adventitia; cum per fideicommissum Testator de suis tantum bonis disponere possit, *§. ult. Inst. de Pupill. substit.*

12. Sed discrepantiæ priores, quibus substitutio vulgaris a fideicommissaria distinguitur, ita comparatæ sunt, ut non videam, quo pacto negare possint homines, qui vim utriusque substitutionis intelligunt, vulgarem adhuc usum habere in judiciis. Tu dices, nonne fideicommissaria substitutio ita concipi potest, ut vulgarem comprehendat? Non est quod negemus. Quid enim si testator ita dixerit; ***Uxor heres esto, post mortem uxoris frater heres esto:*** hæc verba casum utriusque substitutionis exprimunt; sive enim uxor ante testatorem moriatur, sive postquam adiit hereditatem, ex sententia verbisque testatoris frater indistincte vocatur. Possunt verba concipi, quibus utraque substitutio, vulgaris & fideicommissaria contineantur. Sed ideo non sequitur, illas in se non discrepare, nec effectus adhuc habere distinctos. Exemplo rei judicatæ id illustrabimus, ex quo patebit, quantum intersit, formula vulgari an fideicommissaria testator utatur. Titia extreme ægrota, dixerat in testamento; ***liberi heredes sunto; si morientur sine liberis, bona, quæ a me ad eos pervenerint, devolvantur & succedant in Wilhelmum maritum meum, quem in hunc casum substituo.*** Accidit, ut Liberi omnes rapido ante matrem extincti sint morbo. Pro marito disputabatur, extitisse casum, quod uxor bona sua devolvi cuperet ad maritum, ***si morerentur sine liberis:*** Idque ille obtinuisset, si nihil aliud dictum esset quam ***si liberi morerentur.*** Sed Curia censuit esse fideicommissum in his verbis; ***Bona, quæ a me ad liberos pervenerunt, devolventur,*** atque ***transibunt &c.*** Nam quoties devolvendi & ***perveniendi ab uno in alium fit mentio,*** toties fideicommissum intelligitur, ut Sand. *d. def. 1.* demonstrat. Si proinde illa verba abfuissent, nihil causæ erat, quin pro substitutione vulgari potuisset haberi. Sed ista supponebant acquisitionem a liberis factam, qua non facta, devolutio & restitutio facultatem amiserat; cum absque illis verbis substitutio vulgaris fuisset, quæ maxime liberis ante matrem extinctis locum habuisset. In illa igitur specie, mulier judicata est intestata decessisse, repulso marito; Inter heredes ***Wijbia Bruinsma, & Wilhelmum Fabricium, Pastorem Wijnamensem. d. 14. Maji 1678.*** Satis igitur apparet harum substitutionum usus diversus, neque tollitur exinde, quod in eum modum verba concipi queant, ut formulæ utriusque conveniant: Nec enim Testatores sua verba semper, imo raro sic adtemperant, & juris rationes ejusmodi esse debent, ut quibusvis casibus applicari possint.

13. Quod vero attinet ad substitutionem pupilla-

pillarem, non est dubium, quin hæc, ut Romano jure traditur, sublata sit moribus eorum populorum, qui jura patriæ potestatis eximia, quæ Romanis placuere, non exercent, ac ita non modo Grœnewegius, sed & Grotius *lib. 1. c. 6. n. 8. l. 2. c. 19. in fin.* Gudelin. *1. de jur. noviss. c. 13. in vers. quid morib. & lib. 2. c. 5. vers. adjicio.* Vinn. in *§. ult. n. 2. h. t.* testantur. Ideoque apud eos populos non potest non videri enorme, patrem de bonis filii adventitiis disponere, quam potestatem substitutio pupillaris ei sine dubio largitur; Si quidem pater ejus virtute, filio testamentum facit, nihilo secus ac si ipse testaretur, *l. 2. in pr. ff. de vulg. & pup. subst.* quin diserte ita scriptum est in *l. 10. §. 5. ff. de vulg. & pup. subst.* Exemplaris substitutio tribuit idem jus Parentibus cunctis, etsi patria potestate destitutis, in liberos perpetuo furiosos, *§. 1. Inst. de vulg. & pup. sub. l. 9. C. de Impub. & al. subst.* Cumque facta sit ad exemplum & per consequentiam *pupillaris*, non est ambigendum, quin ubi hæc cessat, ibi & exemplaris evanescat; sola fideicommittendi licentia parentibus in universum relicta. Grœneweg. *ad pr. d. tit.* Cæterum, ubi patria potestas cum effectis suis præcipuis adhuc superest, cur ibi illa virtus pupillaris & exemplaris substitutionis sublata dicatur, nihil est causæ, quemadmodum usus ejus apud nos indubitatus est.

14. Sed videndum, ne non aliud & quintum substitutionis genus, usu fori invaluerit, nec vulgare, nec pupillare, neque exemplare, denique nec fideicommissarium. Id est hujusmodi; Parentes utriusque sexus liberis suis, in casum *si heredes erunt*, substituere possunt respectu bonorum propriorum duntaxat, sine fideicommisso. Ita tradit D. Voetius ad *tit. Inst. de pup. subst. §. 9. n. 5. vers. Quod spectat.* & dein. *Quin imo, moribus, pater aut mater, filio non tantum impuberi vel furioso, verum etiam puberi & sanæ mentis, ratione bonorum a se profectorum, substituere potest in omnem eventum, idque ad exemplum* (dixerat paulo ante) *substitutionis, quæ jure Romano filio arrogato facta est, l. 10. §. 4. ff. de vulg. & pup. subst.* idemque Grœnewegius *ad d. tit. in fine* adfirmat; Ejus a fideicommisso triplex potissimum erit differentia. Prima, quod fiat sine mentione devolutionis, restitutionis, aut ætatis vel temporis, quo liberi morientur sine liberis. II. Quod fiat solis liberis, non extraneis aliisve heredibus. III. Quod heres primus eo casu integram hereditatem restituere debeat, sine deductione Quartæ ex Scto Trebelliano. Atque ita Hollandiæ Curiam olim judicio contradictorio censuisse, narrat *ibi* Grœnewegius, sibi relatum esse a quodam ejusdem Senatore dignissimo; Quod ego quidem suo loco relinquo. Rem totam esse commentitiam, manifesto constat. In militibus sane, quia non prohibitum est illis mori testatis simul ac intestatis, *d. l. 7.* facultas est, eo modo substituere liberis suis, *siquidem hac mente sit miles, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quæ a se ad institutum pervenerunt, l. 10. §. 4. in fin. ff. de Vulg. & pup. subst.* Sed inde sequitur, in paganis contra se rem habere; nam privilegia militum sunt totidem exceptiones a jure communi, *l. 1. in fin. pr. ff. de milit. testam.* Idem in impubere filio adrogato receptum est, *ut ad substitutum ejus ab Adrogatore datum, ea sola pertineant, quæ adrogator ei dedit, d. l. 10. §. sequ.* quod ideo placuit, quia pater adrogator nihil juris habet in successione filii impuberis adrogati, *§. 3. Inst. de Adoption.* Et quidem hasce duas exceptiones, tradit ibi Jurisconsultus ut exceptiones, quibus amotis, Regula manet immota, quam diximus. Nec adeo quintum illud genus substitutionis apud Gentes, quæ jus civile non converterunt in arbitrariam disciplinam, ullo modo admittendum videtur.

15. Ex his jam constat, utramque Substitutionem, vulgarem atque pupillarem etiamnum esse juris usitati, quanquam pupillaris in efficacia sua vulgo minus nota, minusque frequenter usurpata est, quemadmodum & exemplaris; sed vulgaris omni die testamentis inseritur, maxime in casum, si heredes ante testatorem decedant. Consequenter, quæ de utraque substitutione subtiliter a JCtis veteribus & novis disputantur, apud nos usum reperient; sicut & illa regula, quod expressa vulgaris tacitam pupillarem contineat; vice versa, pupillaris expressa vulgarem tacitam, secundum *l. 4. ff. de Vulg. & pup. subst.*

Tit. VII.

De conditionibus Institutionum.

I. De Regula, quod heredis institutio diem non recipit, ejusque usu. II. Objectiones contra istam regulam removentur. III. Temperamenta quædam illius regulæ, ex usu hodierno. IV. De conditione impossibili ex moribus. V. Refelluntur, qui volunt eam vitiare debere institutionem. VI. Inter turpes esse jurandi conditionem, & quare. VII. Positos in conditione, non esse positos in dispositione. VIII. Aliæ quædam Positiones. IX. De implemento illarum.

SUperest de capite Heredis institutionis, tertius articulus pertinens ad modum, quo fit institutio, qui vel ad diem, vel ad conditionem refertur. Primo videamus de die, sive de tempore heredis institutioni adjecto; post ea, quæ *ad Inst.* de utroque hujus Rubricæ membro, dicta sunt ad *tit. de Hered. Inst. sub fin.* memores, etiam alium manere locum de rebus iisdem, in *tit. de condit. &c. lib. XXXV.* Romano jure sic obtinet; Diem adjectum haberi pro supervacuo, ut perinde sit, ac si pure heres institutus esset, *§. 9. d. t. Inst.* ut tamen dies incertus loco conditionis habeatur, *l. 75. ff. de Condit. & demonstr. l. 34. ff. de hered. inst.* Nititur hæc positio gemina ratione, quæ tamen in unam resolvitur; prima, quod heredis qualitas jure civili indelebilis est, neque temporarium characterem recipit, *l. 88. in f. de Hered. inst.* altera, quod nemo paganus simul testatus ac intestatus mori potest, *l. 7. ff. de Reg. Jur.* quæ ratio prioris quoque rationis est ratio; nam si heres cum die, non sit heres ante diem, defunctus foret intestatus ante diem, postea testatus. Quare, qui jam abdicarunt hanc regulam ut obsoletam, *quod testati & intestati qualitas sit irreconciliabilis*, his quoque religio non est adfirmare, quod ex certo tempore, & ad certum tempus, hodiernis moribus, heres scribi possit, explosa hac in parte juris civilis subtilitate. Ita Grotius *lib. 2. cap. 18. n. 34. & seqq.* aliique plures; quos citat Grœnewegius *ad d. locum Grot. & ad d. tit. Inst.* adde Voetium ad *§. 9. d. tit. n. 2.* Hic etiam addit Viglium quasi ita sentientem, posse nunc heredem ex die vel in diem institui cum effectu, laudato ejus loco *ad §. 9. d. tit.* sed tantum abest, ut ille Nostras ita tradat, ut etiam contra Bartolum invaluisse testetur, *ne expressa quidem Testatoris voluntate, qua se dixerit, nolle Titium esse heredem, nisi ad certum tempus, impediri posse quo minus pro supervacuo adjectus dies habeatur;* Nec video quicquam esse causæ, quo minus id apud nos ita juris esse statuatur.

2. Tu dices; etiam hodie passim paterfamilias potest mori testatus & intestatus, diverso respectu, ut videre licet apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 7.* Quidni igitur sublatæ sint ejus regulæ consequentiæ, quæ in mera subtilitate consistunt? Ego vero, non cessat, inquam, regula apud nos, nisi quatenus ad hoc institutis aliarum gentium redigimur, ut quando Frisius, agros habens in Omlandia vel Transisulania, testatur; quod ad hos attinet, intestatus mori debet; quia non licet de rebus ibi sitis immobilibus testari. Ejusmodi exempla juri Frisico nihil derogant vel obrogant. Verum, quid si absurdi contrarietatisque non potest absolvi illa Juris antiqui subtilitas, an ne sic quidem ab illa recedemus? quid enim interest, dicat aliquis, hactenus, heredem sub conditione scribam, an *post quinquennium?* Si tu dices, hoc casu, ante quinquennium intestatus sit, ego regeram, perinde casus intestati est, antequam duxerit, testati postquam duxerit uxorem. At hic scrupulus ejusmodi non est, ut eximi non possit. Nam in casu conditionis adjectæ accidit, ut hæc vel deficiat, vel existat. Si deficiat, simpliciter casus intestati est, si existat, testati; tunc enim perinde habetur, ac si ab initio heres fuisset & conditio retrahitur, *l. 26. ff. de Condit. inst.* pendente conditione neuter status erat, utique non intestati, quia sperabatur heres e testamento, *l. 39. ff. de Acquir. hered.* verum si adjectio diei effectum haberet, ante vel post diem; vere atque historice non esset heres e testamento, & die veniente vel durante, foret heres, quæ res efficeret status oppositos καὶ ἀσυςάτυς. Denique, conditio existens retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis, *l. 26. h. t.* Tempus retrahi non potest, non modo civili subtilitate, sed nec ratione naturali, ut probavimus ad *tit. de Prob. & præsumption. in fin.*

3. Cæterum si contingat, Testatorem usque ad tempus certum, heredem scribere, & ejusmodi verba sint, e quibus colligi possit, enixam esse testatoris voluntatem, ne post eam diem bona pe-

penes scriptum heredem maneant, dicemus idem, quod modo de institutione ex parte vel ex re certa monuimus, *videri heredem illum tacite rogatum, ut post id tempus bona restituat legitimis heredibus.* Quod multo proclivius erit, ubi clausula codicillaris adjecta fuerit; quippe cui vim fideicommissi ad omnia, quæ testator contra leges voluit inesse, communis schola statuit ac obtinuit, etiam in nostro Foro, ut sæpe dictum & inferius *ad tit. de Codicill.* amplius dicetur. Si vero Testator, sicut plerumque fit, dicat, se post id tempus bona relinquere legitimis heredibus, eo casu non tam diverso tempore fit testatus ac intestatus, quam fideicommissum apertum constituit, ut perinde *superius dictum.* Quid autem, si ex die certo scriptus sit heres? per clausulam codicillarem rursus eveniet, ut in ea specie heres legitimus videatur rogatus, hereditatem, eo tempore elapso, restituere heredi, & quia vel clausula codicillaris usu fori nostri intelligitur inesse, licet omissa, vel saltem imperfectum testamentum pro codicillo habetur, ut *supra diximus*, hac via talis voluntas, utique diserte expressa, semper effectum habet; die vero simpliciter obiterque adjecta magis est, ut heres scriptus statim heres fiat ex legum præscripto, quod abrogatum non est, nec cur abrogandum sit, ulla ratio esse videtur. Nam etsi regula, sic ait Thomasius in *scholio ad posit. 2. h. t. quod nemini possit succedi partim e testamento, partim ab intestato, non est e dictamine rectæ rationis, sed ex sola subtilitate veterum Juris consultorum*, ex jure saltem positivo, ratione tamen probabili non destituitur. Nam successio ab intestato a lege non potuit aliter ordinari commode, nec habuit aliam causam, quam quod Testator voluntatem suam de eo, quod post mortem suam fieri vellet, non declarasset. Qua declaratione facta Legis partes hactenus cessabant. Unde lege tacente, sequebatur, voluntatem esse debere generalem: Præter quod ita compertum fuit, jura regulasque successionis testamentariæ atque ab intestato esse tam diversa pugnantesque, ut non esset Artis concinnæ & bene compositæ, cujus omnes inter se partes idoneo nexu cohærerent, ea jura regulasque confundere & permiscere, quemadmodum hodiernas gentes, quæ jus Romanum pro arbitrio suo probant vel improbant, ejusmodi deformitatis exempla viva præbere videmus. Cæterum, quid intersit, utrum heredis institutio directe obtineat, an per clausulam codicillarem vim fideicommissi adipiscatur, *inferius ad tit. de Codicill.* videbimus.

4. Quod attinet ad conditionem, bene habet, quod pragmatici nostri jure civili hac parte contenti sunt, ut testatur, pluribus ὁμοψήφοις citatis, D. Voetius ad *§. 11. Inst. h. t. n. 2.* Non tamen ita visum plerisque, si conditio sit impossibilis, qualis est, *si cælum digito tetigeris, si Oceanum ebiberis;* volunt enim vitiari heredis institutionem, ut idem testis est, cum jure civili impossibilis conditio pro non scripta habeatur, institutione heredis illibata, *d. §. 10. Inst. l. 1. l. 6. & l. 20. ff. de Condit. inst.* Grœnewegius *ad §. 10. d. tit.* solenne suum, *abrogandum censeo* inculcat, haud tamen sine ratione, *nam cum omnis suprema voluntas interpretari*, sic ait, *debeat & soleat*, secundum id, quod verisimilius est sensisse testatorem, cujus sola voluntas in conditionibus primum locum obtinet, *in l. 10. pr. de condit. Inst. ideo hujusmodi institutionem pro ridicula & nulla habendam censeo.* Adde ex Grotio *l. 2. c. 18. n. 32. quia Romani in cæteris quoque causis intellexerunt, impossibiles conditiones id quod agitur reddere nullum. §. 11. Inst. de inutil. stipul.* Bene est, quod in hoc articulo nobis præit D. Voetius *ad d. §. 11. n. 1.* qui sic differit, ut de moribus idem, quod de jure Romano, judicandum putet. Nam inquit, *cum Romani heredem excusari voluerint, si aut non fecerit, aut fieri non curaverit, quod erat injunctum, & per naturam impossibilis conditio per modum faciendi, dandi, præstandi* non possit impleri, *necdum satis dispicere possum, quo jure, licet non existat impossibilis conditio, a petitione hereditatis repellendus sit heres, l. 13 ff. de Condit. inst. &c.* Addit, *ut quamdiu nec rationibus justis, nec rebus perpetuo vel ut plurimum similiter judicatis convincar, in jure Romano merito acquiescam.* Recte.

5. Sed quod illi volunt, hanc definitionem pugnare cum voluntate testatoris, quæ tamen in testamentis utramque facit paginam, videamus, utrum magis alienum sit a voluntate testatoris, ut conditio impossibilis nulla sit, an ut heredis institutio, cui adjecta est impossibilis conditio, vitietur. JCti veteres, summo præditi judicio homines, sine dubio prius crediderunt. Testator condit supremam voluntatem *nunquam rediturо arbitrio*, forte in extremis agens, utique de exitu e vita cogitans, vocat septem testes, rogat eos specialiter, ut velint attestari; cuncta solennia, quæ nusquam majora, religiose servat, adspersit in tabulis

tabulis testamenti conditionem natura impossibilem, pone jocandi gratia fecisse, ut sunt hominum ingenia quorundam, numquid hic lusus verborum innocuus faciet, ut reliqua omnia tam graviter tam prolixe serioque ordinata collabantur, nonne probabilius & civilius est, eum duntaxat impleri noluisse, quod nullo modo fieri posse sciebat? Quod autem in contractibus iidem JCti voluere, conditiones impossibiles vitiare totum negotium, inde repugnantiam ipsorum inter se arguere vanum est. Nam adeo ineptos fingere velle conditores gravissimæ artis, ineptiæ absolvi non potest. In contractibus non adhibentur solennia, non convocantur, non rogantur specialiter testes, non versatur ob oculos mortalitas; quæ res in testamento cumulant præsumptiones, quod Testator minime voluerit nihil agi. Præterea in contractibus duorum voluntas conjungi colligarique debet, ut obligatio nascatur, sed promissio & acceptatio non possunt impossibilis conditionis vinculo copulari atque in unum jungi: ideoque in nullitatem abeunt; Ita fere in *l. 31. ff. de Oblig. & act.* ratio hujus sententiæ redditur; *Quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem.* Est & hæc ratio; In contractibus non injungitur alteri partium, ut faciat quod impossibile est, sicut in testamento; quare cum summo judicio veteres JCti sic docent, impossibilem conditionem explicari semper in favorem ejus, cui injuncta est, quoniam ei non potest imputari, quod in implenda conditione defecerit. Ubi hæc ratio cessat, ibi intelligunt, conditionem impossibilem facere nullum, quod constitutum est perinde ac in contractibus. Ergo, si legatum sit relictum sub conditione impossibili adjecta heredi, legatum evanescit & manet penes heredem, quod deberetur, si conditio impossibilis jure vel facto adjecta fuisset legatario, ob eandem rationem, quod ipsi non posset imputari negligentia haud impletæ conditionis, *fin. Inst. de legat.* & sic manifesto apparet, quanto judicio caput hoc juris Romani sit constitutum, & quam sine ratione Reformatores Juris id abolitum velint.

6. Turpes & illicitas conditiones, æque ac impossibiles pro non scriptis haberi, notum ex *l. 9. & l. 14. h. t.* & dictum est ad *Inst. d. tit.* Sed mirum videtur, inter turpes etiam jurandi conditionem censeri, *l. 20. de C. & D.* nam quæ sub jurisjurandi conditione relinquuntur, a prætore improbantur, ut est in *l. 8. pr. de Cond. inst.* Jusjurandum scil. quod necessarium non est, merito temerarium & turpe habetur. Quid enim jurando opus, si dederit aut fecerit heres, quod erat jussus jurare, se daturum vel facturum? hoc enim omnino ipsi injungitur *d. l. 8. §. 6.* Adde Wissenbach. *ad h. tit. th. 2.*

7. Huc quoque pertinet notissima regula, quod positi in conditione non sint positi in dispositione. Proinde qui uxorem fecit heredem, si filium non reliquerit, is filium præteriisse videtur, & testamentum est nullum, *l. 15. §. 1. de Vulg. & pup. subst.* non obstante *l. 37. de her. inst.* ubi particula e testamento excerpta & institutioni subjecta videtur. Similiter, si quis fratri, si sine liberis decedat, alium substituat, liberi non sunt instituti, nec proinde jus fideicommissi habent, *l. 8. Si quis om. caus. test. l. 19. de Hered. inst.* tametsi votum testatoris appareat, ut liberi fiant heredes, sed non aliter, quam ab intestato, & sic cape *l. 85. de Her. inst.* qua de re, magni licet usus, non agemus tamen prolixius, quia nihil habemus speciale, post ea, quæ scriptores academici & forenses copiose tractarunt, de quibus videsis Wissenbachium ad *h. tit. th. 11.* & Sandium *lib. 4. tit. 2. def. 1.*

8. Subjiciantur aliquot positiones; Hereditas sub conditione adempta sub contraria conditione dari intelligitur, *l. pen. in fin. h. t.*

Conditio, si volet esse heres, in extraneo nihil efficit; in necessario herede facit, ut sit voluntarius, *l. 12. h.* cum quo conferendum, quod *supra* dictum *tit. de Subst. n. 17.*

Institutio in arbitrium tertii expresse collata non valet, ut *si Titius volet, Cajus heres esto;* tacite recte fit; Si Titius in capitolium ascenderit; Cajus heres esto *l. 68. de hered. Inst. & l. 52. de C. & D.*

Si idem in eodem testamento pure, & sub conditione heres instituatur, institutio pura prævalet, adeo ut conditionalis non valeat, *l. 27. §. 1. & l. 67. de Hered. inst.*

Heres institutus, *si decem heredibus dederit*, tota decem dare debet coheredibus, ut conditionem impleat: quamvis, si fundus uni ex heredibus sub hac conditione prælegatus sit, coheredibus partes pro eorum portione dabit, & partem pro sua hereditaria portione retinebit, *l. qui heredi. 44. §. ult. de C. & D.* ubi ratio differentiæ.

9. De implendæ conditionis modo, egimus ad

ad d. tit. Inst. quibus adde, quod implendo impositam conditionem heres non statim acquirit hereditatem, sed facultatem acquirendi consequitur, *l. 13. & l. 26. de Cond. inst.* quod aliter in suo herede videbimus *infra*. Impleri conditio præcise ac specifice debet, non per æquipollens, adeo ut institutus, si *monumentum fecerit*, paruisse non videatur; si pecuniam alii dederit, ut faciat, *l. 11. §. ult. d. l. 13. §. ult.* quod tamen non impedit, quo minus faciendum locet; neque enim suis manibus ut faceret, voluit testator. Modus tamen, per quem conditio implebitur, æquipollentiam recipit, ut *si per emancipationem sui juris factus erit*. Perinde enim est, si per mortem patris, *l. 11. §. 11. de Leg. 3. & l. 3. C. de Inst. & sub.* Plures conditiones adjectæ conjunctim, omnes implendæ sunt, ut tamen voluntas potius quam verba considerentur, *l. 13. §. 2. & seqq. de Reb. dub.* cujusmodi Sandius exemplum habet; Sempronius heres esto, si absque descendentibus impubes decedat: non poterat impuberi convenire conditio, *si sine descendentibus*, quia non poterat habere descendentes scilicet; Accepta est igitur conditio ac si scriptum esset, si *decedat impubes, vel sine descendentibus, lib. 4. tit. 6. def. 4.*

10. Pendente conditione, quis interim possidebit hereditatem? Curatorem dandum esse monet D. Wissenbach. *ad tit. de Hered. inst. n. 10.* ex *l. 8. de Quib. ex caus. in poss. & l. 1. in pr. & §. 1. de Curat. bon.* sed hi textus loquuntur de creditoribus, qui servandi debiti causa mittuntur in possessionem, hereditate non adita; quod non minus fit, si pure quam si sub conditione adita sit hereditas. Dicendum igitur, Hereditatis possessionem, conditione pendente futuram illic, ubi testatore moriente fuit; modo caveatur. Ideoque si penes heredem sub conditione scriptum, fuerit possessio, illic manebit, sub cautione, *l. 12. ff. Qui satisd. cog.* Si penes heredem legitimum fuerit apud eundem sub eadem conditione manebit, *arg. d. l. 12.* Nec enim sub conditione scriptus, ante conditionem existentem jus habet petendi hereditatem, quam spes tantum est debitum iri, *§. 4. I. de Verb. obl. l. 26. in fin. h. t.* sine præjudicio tamen creditorum, qui sua interesse probantes curatorem bonis petere non prohibentur, *d. l. 1. & l. 8.* neque inde discrepant Gailius *2. obs. 130.* Faber *6. Cod. tit. 18. def. 6.*

TIT. VIII.

De jure deliberandi & beneficio Inventarii.

I. Remissio, & cur jus deliberandi rarius in usu. II. Quando, ubi, quomodo hoc petatur. III. Beneficium Inventarii negatur, hodie, si alius e cognatis adire velit. IV. De tempore inchoandi & conficiendi inventarium. V. Quid si heres ante perfectum inventarium res apprehenderit. VI. Modus & forma faciendi inventarii. VII. De interinimento, quod dicitur, Inventarii. VIII. De commodis inventarii, Heredem, eo neglecto, non teneri Legatariis ultra vires hereditarias. IX. Officium heredis, facto inventario. X. An heres Inventariensis teneatur arrestis, & Remedia contra abusus hujus beneficii.

Heredes, sive facto suo, sive ipso jure fiant, in eum statum veniunt, ut defunctum repræsentent, iisdemque juribus potiantur, iisdem quoque oneribus, quæ defunctus tulerat, subjiciantur, *l. 8. & l. 37. ff. de Acquir. hered. l. ult. §. 14. C. de Jur. delib.* Hoc autem quia periculose potest cedere, cum sæpe contingat, onera superare commoda Hereditatis, Juris Conditores duo beneficia pro heredibus introduxerunt, jus deliberandi, & beneficium Inventarii, de quibus ad *tit. I. de Hered. qualit. & diff. n. 4. & seqq.* de quibus heic paulo pressius ad usum agemus. Et est jus quidem deliberandi parum in usu hactenus, ex eo, quod Justinianus ipse in *l. ult. §. & hæc quidem. 13. C. de jur. delib.* sic ait: *Et hæc quidem*, inventarii solennia intelligit, *de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam esse judicaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam & debere ei derogari; cum enim liceat eis & adire hereditatem & sine damno ab ea discedere, ex præsentis legis auctoritate quis locus deliberationi relinquitur?* Quod adeo verum est, ut nesciam, an apud nos unquam antehac petitum sit, rarissime sane exercetur.

Verum, ut Justinianus in *d. §. verbis sequentibus*, indulget heredibus, etsi ægre atque dissuadens, deliberandi jus, ita non est dubium, quin etiam peti possit, nec ratio deest, quare cives id aliquando malle debeant quam inventarium, non modo, quia tum facultates defunctorum oculis omnium

omnium exponuntur, sed etiam, quia mos conficiendi inventarium, ex præscripto legum hodiernarum molestior & contumeliosior, adde periculosior est, quam jure civili dictatum fuit.

Quin si quis vera rem reputet via incidatque in hereditatem, cujus facultates ignorat cupiatque suæ mortuique dignitati consulere, cujus in jure Romano non parva ratio habetur, satius esset, petere jus deliberandi, quam statim prostituere hereditatem publico inventario.

2. Non cogitur autem petere deliberandi facultatem, nisi urgeatur ab iis quorum interest hereditatem adiri, hoc est, a creditoribus * aut legatariis; sine quibus si fuerit, non reperitur ulla præscriptio in Jure, qua ab adeundo excludatur heres, nisi quæ communis est quorumvis jurium & actionum, longissimi temporis, scilicet annorum XXX. *l. 7. C. de Heredit. pet.*

Quando urgetur, peti debet hoc jus a Judice vel a Principe; Apud nos Princeps, hoc est Ordines vel eorum Deputati, in talibus nunquam adeuntur; sed jura minora majestatis, quæ ad ordinem judicialem pertinent, ut & alibi videmus, ad Curiam supremam referuntur, ac etsi Judices etiam adiri possint hac causa, ut Justinianus præcipit in *d. l. ult. §. hæc quidem 13.* non est dubium tamen, quin jus deliberandi hodie a Suprema Curia peti debeat.

Sed a Principe vult Imperator impetrari posse annum, a judicibus novem menses: numquid hac parte Curia judicum, an Principis jure censebitur? utroque sine dubio, nam & judicare partium Curiæ est, & principis loco in juribus illis, quæ dixi, minoribus majestatis fungitur. Ideoque, prout res fert, dabitur annus vel novem menses, apud Curiam deliberandi causa, vel etiam minus spatium usque centum dies, quod est minimum tempus, *l. 2. ff. de Jur. delib.* cui legi non est derogatum per *d. l. ult. §. hæc quidem.* ita ut minimum illud spatium olim ex causa posset repeti, usque dum novem menses vel annus adsumpti fuerint, *l. 3. in pr. d. t. ff. de jur. delib.* quod mutatum videtur in *d. l. ult. §. 13. in fin.* ubi semel tantum conceditur.

Reliqua ad jus deliberandi pertinentia, petantur e positionibus & Prælectionibus nostris aliorumque *ad §. 6. Inst. de Hered. qual. & diff. & ad tit. ff. de jur. delib.* a quibus nihil in usu discrepans occurrit in memoriam.

3. Sequitur beneficium Inventarii, de quo observanda sunt hæc tria. I. Jus, quo competit, II. Modus, quo exercetur, & III. Effectus hujus beneficii. De singulis aliquid dictum ad *d. tit. Inst.* sed usus & momentum negotii flagitat ampliorem tractatum.

Quod ad primum attinet, Jure Romano cunctis heredibus, secundum ordinem quo defertur eis hereditas, datur beneficium Inventarii libere, & absque metu turbamenti ab aliis remotioribus cognatis, ut Justinianus in *d. l. ult. per totum* docet.

Lege recentiore secundum Edictum Caroli V, quod alibi quoque Belgicæ obtinet, in Hollandia fere per omnia, sicut in Frisia, teste Grotio *lib. 2. part. 21. n. 21. & seqq.* tum demum hoc beneficium competit, quando nemo de sanguine familiave reperitur, qui pure velit hereditatem adire: talis enim præfertur, licet is, qui vult inventarium facere, testamento sit institutus, *lib. 1. Stat. tit. 18. artic. 1.*

An & maritus hoc jure potest uti, si uxoris cognati beneficio uti velint? quomodo apud Sandium legimus relatum accidisse, cum amita defunctæ mulieris vellet impetrare beneficium *lib. 4. tit. 12. def. 3. sub fin.* Non est prolixæ res disquisitionis, nec dubiæ subtilitatis.

Cum enim illud jus prælationis tribuatur iis tantum, qui de sanguine defuncti sunt, *van den Geslachte*, nihil est causæ, quare conjuges admittendi sint, etsi aliquando jus succedendi ab intestato habeant, ex Edicto *Unde vir & uxor*; non pertinent tamen ad tres ordines consanguineorum, de quibus agitur in *Nov. 118.* neque proinde ab hunc articulum Statuti: Ut nihil mirum sit ita judicatum esse a suprema Hollandiæ Curia, referente Neostadio *Decis. 7.*

Qui pure vult adire atque præferri, debet hoc indicare, postquam alter petiit literas faciendi inventarii, sed antequam actis legitime fuerint *intimatæ*; quod si petitor Inventarii tum velit mutare consilium, qualitatemque puri heredis induere, non prohibetur: Quidni enim, cum heres jam sit, possit omittere, quod in favorem ipsius

* Hi vero heredem Jure Civili intra novem, nostro Jure intra 30. dies urgere non debent. *Nov. 115. c. 5.* Brunn. *ad l. 5. C. d. Jur. delib. n. 50.* & *N. l. 3. art. 15.* Carpz. *P. 3. C. 14. def. 15.* conf. Disp. Horn. *de Jure dies trigesim.*

est

est comparatum? atque ita judicatum est apud Sandium *d. defin. 3. tit. 12.*

Quod si intimatio in acta fuerit perfecta, beneficiumque inventarii pleue sit acquisitum, frustra feroque cognati se fatigant; neque tum quidem e pluribus heredibus idem jus succedendi habentibus, alter vel quidam offerendo puram aditionem, alterum vel cæteros excludere possunt, ut judicatum est a Curia *inter Barbaram Reen & Vigilium Ayta, ante vigiliam Quadragesima 1682.*

Præterea jure civili confectio inventarii & ejus beneficium, competit heredibus ipso jure; ut ipsis debita forma, sine venia vel auctoritate magistratus, descriptionem rerum hereditariarum facere liceat, *d. l. ult. §. 2.* sed moribus hodiernis, & secundum Statuta nostra, impetrandum est hoc jus a Principe, vel secundum nostrum stylum, inquit Sandius, a Senatu, *d. def. 3. a pr.*

4. Justinianus inventarium vult inchoari intra dies triginta, ex quo heres scivit hereditatem sibi esse delatam, idem intra dies sexaginta jubet absolvi, *d. §. Sin autem dubius. l. ult. C. de jur. delib.* Sunt hic duo tempora observanda, quorum alterum est dierum triginta, dierum sexaginta alterum.

Præfixum est ex eodem Caroli Cæsaris edicto, spatium quadraginta dierum ab impetratione beneficii exercendum, intra quod tempus dierum 40, non modo inchoari, sed etiam perfici debet inventarium; *confici curabunt justum inventarium*, habent verba Edicti. Sic quoque Sandius in sæpe laudata *defin. 3. tit. 12.* utrumque tempus & incipiendi & perficiendi inventarii, hisce verbis adstringi, docet *in vers. quicquid fit.* ut adeo beneficium Inventarii suo quidem tempore inchoati, sed non perfecti, amittatur, ut Curia censuit *in causa Luciæ F. & Creditorum &c. d. 20. Decemb. 1679.*

Sed an sublatum est Statuto isto spatium illud menstruum, intra quod Justinianus inventarium voluit inchoari, *d. §. 2.*? an etiamnum intra mensem utilem impetrari debet hoc beneficium? Abolitum esse, putat Sandius, eo quod spatium *quadraginta* dierum tam incipiendi quam absolvendi tempus spectet, idque demum sit putandum, *ex quo literæ sunt impetratæ.*

Quidni vero simpliciter ita dicas? Edictum considerat impetrationem, ut principium faciendi inventarii; hoc autem principium, sive hæc impetratio quando facienda sit, non exprimit, ideoque sicut omnia in Statutis omissa, repetuntur ex jure communi, quid vetat, hoc etiam ex lege Justinianea suppleri?

Instat Sandius: *Casus*, ait, *omissus ex Jure communi, non potest suppleri aut decidi, quia ignorat hunc modum beneficii impetrandi per diploma Principis vel Senatus.* Atqui beneficium Inventarii est ex jure communi. Initium Inventarii tam nunc quam olim, aliquo tempore faciendum est; an hæc diversitas modi, quo competit, tollet regulam perpetuæ apud nos observantiæ, ut Statuta ubique conferantur atque suppleantur ex jure Romano? unde igitur habemus notabiles effectus illos hujus beneficii, de quibus nihil est in hoc Edicto, nec in toto capite *de beneficio Inventarii*, quod est in Statutis?

Quicquid tamen ex ratione juris disputari queat, non est dubia praxis in eam partem, quam Sandius tuetur: Ideoque non prohibentur heredes quovis tempore se conferre ad hoc beneficium, nisi creditores eos urgeant; Nam antea dictum est, sicut jus deliberandi, quod cis triginta annos peti potest, ab herede continuo petendum est, si creditores eum hac gratia conveniant, ita facere possunt, ut heredes intra certum tempus declarare debeant, utrum puri heredes, an sub hoc beneficio esse velint; ita Sandius existimare se ait *d. defin. 3. in fin.* Novissime Ordines nostri statuerunt, ut Inventarium confecturus, intra tres menses, ex quo heres scivit hereditatem sibi esse delatam, petat Inventarii beneficium, post illud tempus non admittendum, edicto *d. 21. Febr. 1685.*

5. Ad primum articulum de jure, quo competit inventarii beneficium, pertinet observatio de immixtione facta in rebus hereditariis, antequam heres inventarii confectionem inchoaverit, vel, ut nostra fert ratio, impetraverit. *Jure communi heres, qui ante imploratum beneficium inventarii, res hereditarias attrectavit sine dolo malo, propterea non privatur isto beneficio*, verba sunt Sandii nostri *lib. 4. tit. 12. def. 6.* ubi auctores ὁμόψηφοι.

Verba Justiniani *in d. l. ult. §. 12. Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes, inventarium facere distulerint, & datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit; tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur.* Diserte tum demum ex aditione vel immixtione docet heredem teneri, *cum tempus ad inventarii confectionem datum effluxerit.*

Aliter Statutum nostrum *d. lib. 1. tit. 18. art. 2.* formam inventario conficiendo præscriptam, vult observari in omnibus, *priusquam heredes quicquam de rebus hereditariis contrectent*, sive, ut textus habet, *voor dat sy daar van iets sullen aenvaerden*, & adjicitur pœna, quod pro puris heredibus sint habendi, *si ulla bona apprehenderint, antequam solennia* Statuto *dictata perfecerint*. Palam igitur est, eum, qui res hereditaris apprehendit, implorare non posse beneficium inventarii.

Sed nihilne refert, quo animo res apprehenderit? Certe, si cum animo heredis eas contrectaverit, non est dubium, quin heres purus fiat, ex mente Statuti, licet a Justiniano non distinguatur in *d. l. ult. §. 12.*

Sed Contrectatio, quæ fit absque animo heredis, fit vel cum proposito sibi habendi, vel alio innocenti consilio, veluti, si quid pietatis causa fecerit, si quid custodiæ causa, si quid non quasi heres egerit, sed quasi alio jure dominus, putans rem esse suam, hisce casibus non videtur amitti hoc beneficium, modo consilium illud animi probetur; in quem finem, qui ex lege vel e testamento heredes sunt, recte facient, cum tale quid instituunt, si testentur, non animo heredis se gerere, quæ gerunt, sed ita quemadmodum diximus, vide *l. 20. in pr. & §. 1. ff. de Acquir vel amitt. hered.*

Propositum sibi habendi, vel cum dolo conjunctum est, vel eo caret. Dolosa contrectatio & ablatio de rebus hereditariis per furtum, duplo mulctatur, in *d l. ult. §. licentia. 10. C. de jur. delib.* supra quam mulctam plerique Doctores opinantur, adhuc amitti beneficium Inventarii, quod tamen recte Sandius *d. lib. 4. tit. 12. def. 6.* contra disputat, ex mente Justiniani in *d. l. ult. §. 10.* qui vult, heredem furti convictum, in hereditatem computare duplum ejus, quod surripuerit; neque hoc mutatum apparet in *Nov. 1. cap. 2.* Si beneficium inventarii Cæsar amitti voluerat, id in eo loco, ubi tota inventarii doctrina ex professo exponitur, collocari debuisset, aut in *d. l. ult. aut in d. N. 1.*

Sed verba Statuti nostri modo relata, dubitare non patiuntur, quin is, qui dolo malo res hereditarias animoque lucri faciendi apprehendit, hoc beneficium amittat, itaque recte colligit Sandius *d. def. in. fin.* & judicatum refert; nec ideo minus pœna dupli locum haberet, si nostris moribus illæ pœnæ juris civilis, dupli, tripli, quadrupli non essent abolitæ.

Quando quis contrectat res hereditarias sine dolo, sicut evenire potest ex curiositate, vel ex opinione, quod aliqua res sibi legata sit a defuncto, numquid is inventarii beneficium amittat & purus heres fiat, merito ambigatur; & quamquam verba Statuti generalia sic ferre videntur, in beneficio non posse uti, qui res hereditarias apprehendit, ac ita Sandius *d. def.* res tamen omnino jubet, id ita temperandum, ut innoxiæ contrectationes excusentur, non perinde si quæ audaciores & suspectiores sint;

Quomodo Jus dictum est adversus filium, qui, matre defuncta, claves a vicinis petierat, capsaque reclusa chartas hereditarias secum abstulerat, perspectasque dein restituerat, ac insuper ex stola matris nigra vestem sibi lugubrem confecerat, dicens, eam huic rei a matre sua fuisse destinatam, sibique in eum usum donatam; repulsus est a beneficio Inventarii, *in Causa Tjepke Harmens Piersma cum soc.* contra *Nicolaum Groen. ante natalitia Christi 1679.*

Denique & hoc observandum; Apprehensionem factam post inventarii jus petitum, antequam perfectum sit, semper videri factam cum animo heredis, quem jam professus est ille; nisi quid custodiæ conservandive causa factum esse appareat, ut ex sæpe citata *l. 20. de Acquir. hered.* superius intellectum est.

6. Sequitur modus, quo fieri debet Inventarium. Justinianus ita præscribit *d. l. ult. §. 2.* Intra dies XXX. post apertas tabulas, vel notitiam delatæ hereditatis ab intestato, exordium capit inventarium; hoc est, describuntur res a defuncto relictæ, *sub præsentia tabulariorum cæterorumque, qui ad hujusmodi subscriptionem necessarii sunt.*

Quinam illi cæteri? Exponitur hoc in *Nov. 1. c. 2. §. 1.* sunt creditores, legatarii & fideicommissarii, quorumque præterea interest, aut qui res eorundem agunt; absentibus quibusdam, aut omnibus, testes adhibendi tres ad minimum.

Denique, subscriptionem heredis, (*præmisso venerabili signo*, synopsis Basilicorum vertit *προσκυνημένῳ σημείῳ*, *adorabili signo*, ita crescit superstitio,) qua contineatur *& quantitas rerum* in summa, quæ possit exprimi, & declaratio, *nullam fraudem esse factam, quodque res sub herede maneant*; atque hæc omnia cis sexaginta dies absolvenda sunt.

In quibus articulis mores nostri inde abeant, facile constabit. Primo quidem signi venerabilis

lis nulla mentio apud nos, non quod signum crucis, manu vel calamo factum, sit indignum iis, quibus summa spes & gloria Christus crucifixus; sed minuendæ superstitionis causa; siquidem primo tantum *venerabile signum* fuit, ut a Justiniano appellatur; sub Leone, qui Basilica edidit, tribus fere seculis postea, signum *προσκυνούμενον adorandum* est habitum, quod deinceps in infestam idololatriam degeneravit. Ideo Reformatoribus visum satius, hoc signum penitus eliminare ex usu hominum, & inculcare, crucem solis cordibus insculpendam: rectissime; nisi plebs, ejusmodi initamentis religionum exuta, cum sensu imo non tangatur, speciem quoque religionis aboleret, quod utrum superstitione sit minus malum, habet ἀναθεώρησιν.

Facultate Inventarii faciendi impetrata, heres initium descriptionis facere debet, adhibito apparitore Curiæ, aliove ad eam rem a Curia delegato, sub præsentia duorum testium: eamque descriptionem intra dies *quadraginta* perfici oportet.

Ergo ad descriptionem non vocantur creditores & legatarii, sed fides descriptionis in Apparitore testibusque requiescit.

In testibus requirit Justinianus non tantum, ut *sint optimæ opinionis, sed & possidentes substantiam*, *d. N. 1. c. 2. §. 1.* Statutum nihil addit de qualitate testium, ideoque sufficiunt fide digni, quibus in judiciis, in testamentis, aliisque publicis actis, fides haberi possit ac soleat: Quanquam sane momentum rei non respuit accurationem Cæsaris, ob periculum fraudis, quam heres prætextu inventarii cum apparitoribus machinari posset: haud temere enim hodiernis Apparitoribus applicare possis, quod Imperator ait de tabulariis *in d. §. 1. Tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus*; quorum idcirco fides qualitate nec non gravitate testium, merito sustinenda videatur; maxime cum hi quorum interest, ad descriptionem non vocentur.

Subscriptio heredis, ad amoliendam malitiæ suspicionem, (quam Cæsar adeo necessariam statuit, ut, si heres scribere nequeat, specialis tabularius ad hoc sit adhibendus,) ab *Statuto* non exigitur, verum ejus loco jusjurandum, quod heres publice apud acta præstare debet, fungitur; etsi Justinianus ultra subscriptionem, heredis ipsius testiumque juramentum injungat, *d. N. 1. C. 2. §. 1.*

Describenda sunt bona tam mobilia & immobilia, quam nomina & obligationes, non etiam æs alienum aliave onera, quorum recensionem lex Justiniani atque Statutum non requirit; nec opus est, dum sufficiat creditoribus scire, quid vires hereditariæ, unde satisfaciendum est illis, ferant.

Descriptione durante, nihil Inventarienses pro herede gerere debent, non vendere, non locare res hereditarias, si fecerint, pro puris heredibus habentur, ut monere jam occupavimus, ac ita sine hæsitatione jus dicitur, & memini dictum haud levi detrimento eorum, qui formam Statuti neglexerant; ea credulitate, quod impetratis inventarii faciendi literis, putabant, innoxium sibi fore, si quid facerent non animo diminuendi, sed administrandi: salva scilicet in integrum *restitutione* pro iis, quibus hæc jure competit.

His omnibus intra quadraginta dies absolutis, heres curare debet, ut res hereditariæ mobiles æstimentur ab hominibus juratis, qui æstimationibus faciendis a Magistratu cujusque loci, ubi jacet hereditas, sint præpositi. Consequenter cavere debet, illud pretium creditoribus & legatariis præstitum, cæteraque bona recte custoditum iri; quæ cautio cum prætoria sit atque extrajudicialis, per fidejussores confirmanda est, *arg. l. 7. ff. de Prætor. stipulat.*

Justinianus ejusmodi cautionem diserte non requirit, sed ex eo, quod expressit, colligi potest, eam esse necessariam, cum ait, heredes inventarienses teneri, *in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant.* Valor autem non potest haberi sine venditione vel æstimatione, sed ad venditionem heres non tenetur, quia dominus rerum est, ideoque potest eas retinere, si velit; atque tum res loquitur, æstimationem esse faciendam, cum aliter haberi non possit valor. Novo Ordd. Decreto, debet cavere pro fideli administratione & conservatione, non modo rerum æstimatarum, sed omnium bonorum, quæ cautio publicis actis inferatur, ejusque copia fiat Creditoribus, sub pœna *heredis puri. Edict. d. 21. Febr. 1685. art. 2.*

Quid igitur, an heres, si malit in continenti publica auctoritate res vendere, priusquam eas contrectet, nonne potest? Nulla causa dubitandi videtur; cum æstimatio saltem hoc fine fiat, ut valor constet, quem per venditionem immediate consequimur. Proinde nec consensu quidem creditorum

ditorum ad hanc venditionem opus esse videtur; sed tutius est hunc adhibere, vel si recusent, judicis auctoritatem implorare; quin plerique, licet creditores consentiant, tamen & Curiæ adsensum petere solent, ob religionem *Statuti*; cujus verba sunt de æstimatione, neque venditionis meminerunt, tametsi utique non injungant æstimationem, sed eam permittant in *fine d. artic. 2.* ubi, *sub qua cautione licebit illis frui bonis prædictæ hereditatis.* Ergo supponitur venditio esse licita, & æstimatio defectu ejus introducitur.

Quæsitum ex facto, si descriptio duraverit ultra dies quadraginta, cum bona diversis locis sita essent, an heres beneficium amisisset; & judicatum fuit, amittere. Nam ait Statutum, *Heres curare debet inventarium confici intra dies XL. post impetrationem litterarum. Quo facto, fieri debet æstimatio* &c. Quæ verba negotium perfectum, non inchoatum significant; præter quod absurdum foret, si cum nullum tempus sit, quo peti debeat inventarii beneficium, ne quidem foret ullum tempus, quo absolvi deberet.

Quod si res sint tam multis tamque dissitis locis sitæ, ut intra tempus Statuto præscriptum describi nequeant, ampliatio a Curia peti posset: Etiam vero, si tempestate hyemali similibusque gravibus causis, impediti fuissent heredes, restitutio in integrum contra lapsum temporis, vix posset negari. Quæsitum fuit, an descriptio facta statim a morte, Judicis officio, ut fit, ubi heres non adest, vel minor est, non sufficeret pro Inventario; Et judicatum est, non sufficere, quia forma Lege præscripta rigide servanda, neque mutari potest; nisi creditoribus & cæteris quorum interest, consentientibus. Hoc tamen visum, Apparitorem Curiæ, posse testibus & solennitatibus consuetis adhibitis, priorem descriptionem recognoscere, & cum bonis conferre, ut non opus esset novam facere descriptionem, ad libellum *N. Nollti* Curatoris &c. *d. 2. Mart. 1680.*

Hactenus descriptio & Inventarii confectio, sine Creditoribus & iis quorum interest, parata fuit; quorum tamen præsentiam lex Romana non immerito requirit: neque Statutum eos excludit, nec poterat enim; sed commodius, ut videtur, hanc rem administrat; Etenim; si creditores omnes descriptioni bonorum interessent, ut sunt mores seculi, hereditates, quæ semper hoc casu sunt angustæ, sumptibus exhaurirentur, nec sine confusione res geri posset.

7. Ideo creditores & legatarii, vocantur ad *Interinimentum*, sicut appellatur: est declaratio Curiæ, qua hæc inventarium factum approbat, & audito consensu creditorum, juramentoque heredis, indulget beneficium legis. Præses Audientiæ publicæ, *Commissarium ad Rotulam* vocant, hanc declarationem pronunciat & jusjurandum exigit.

Intimatio sive *interinatio* talis jure civili non usurpatur, quia universum Inventarii negotium a Justiniano privatæ dispositione relinquitur; sed introducto jure, quod hoc beneficium a Principe sit petendum, consequens erat, *interinandi* actum accedere, ad id, quod ab apparitore delegatove ad inventarii confectionem gestum fuerat, confirmandum. Tum vero, quia creditores non adfuere descriptioni, danda fuit illis occasio custodiendi jus suum, respectu hujus beneficii, quod tantum illis præjudicium creat.

Quinam citandi sint, Statutum non exprimit; sed tantum ait in *d. tit. 18. art. 4. Literas hujus beneficii interinandas esse secundum veterem stylum & ordinationem Curiæ.* Juxta naturam negotii dicendum erat, tres hominum ordines esse vocandos: I. Creditores, vel qui pro talibus se gerunt. II. Legatarios, & quicunque testamento sunt honorati. III. Propinquos, ut hi declarent, an hereditatem pure adire velint. Imbert. *lib. 1. Institut. for. cap. 8. verb. Gratia.*

Sed hoc postremum non observatur in foro nostro, nec est in Statutis quicquam, unde colligi possit, id esse necessarium. Duntaxat est scriptum, cessare beneficium, si quis e propinquis pure velit adire; ut autem hi, licet remotiores, ad eam rem citentur invitenturque, nihil est quod jubeat, bene habet si veniant, & jus suum obtinebunt; Inventarii confectio sine illis absolvitur.

Quomodo autem Creditores vocari poterunt omnes, siquidem æs alienum non necessario describitur; ut *paulo superius* dictum est? Enimvero solent nomina Creditorum referri in Inventarium, etsi nec Statutum, neque lex Justiniani id exigat; sed eorum recensionem adeo necessariam esse, ut omissio æris alieni vitium adferat inventario, negandum est; denique nec omissione quorundam Creditorum amittitur beneficium, etsi Doctores vulgo utrumque aliter statuant, secus tamen recte judicatum est a Curia, teste Sandio *d. lib. 4. tit. 12. def. 4.*

De priore nulla ratio dubitandi est, consideranti Legem atque Statutum; de posteriore speciosior est dissensio, quia Cæsar in sæpe dicta *l. ult. & Nov. 1. c. 2. §. 1.* præcipit, *omnes convocari legatarios*

rios & fideicommissarios, (quanto magis *creditores!*) & dein §. 2. ita subjungit; *si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam* &c. Vult Cæsar, creditores & legatarios omnes ipsi adesse confectioni Inventarii, quod Statutum aliter ordinat ejusque loco substituit convocationem ad *Interinimentum*, quæ proinde similiter *omnium* fieri debet creditorum; vel si omnes cogniti non sint, Edictum convocationis publice proponendum est, ut monet Gail. *lib. 1. obs. 57. n. 6. & 7.*

Edictum quidem ejusmodi, nostratibus raro, aut nunquam in usu est; sed ita jus apud Curiam dicitur: Inventarii beneficium non amitti, neglecta citatione quorundam creditorum, utique non respectu eorum, qui vocati fuere; sed quod attinet ad non citatos, hoc jure utimur, ut Inventariensis eorum intuitu pro herede puro habeatur, ut Sandius scribit *d. decis. 4. in fin.* Et videtur Jus civile contentum esse hoc temperamento, cum nihil amplius dicat, quam si heres non vocet omnes legatarios, adde sis, creditores, Falcidiam retinere non posse, ab iis videlicet, quos non vocavit.

Si creditores putent, se rationes habere justas, quare beneficium hoc heredi non sint indulgendum, habent facultatem se opponendi in judicio; & fit hoc casu disceptatio summaria de octiduo ad octiduum, nec ulterius quam ad duplicationem usque, ne res diu pendeat in incerto, *d. lib. 1. Stat. tit. 18. art. ult.*

Nemine contradicente, Heres admittitur ad jusjurandum, quo profitetur, se nihil amovisse, vel reticuisse; si quid deinceps emerserit ad hereditatem pertinens, id se collaturum in medium, omniaque fideliter administraturum. Præstatur juramentum publice, in audientia Rotulæ coram Commissario; nisi dignitas personarum faciat, ut repetenti concedatur jurandi facultas in Recessu Curiæ, præsentibus aliquot creditoribus eorumve Procuratoribus. Novo Edicto cautum est, ut, si creditores se opponant, heres intra duas hebdomadas petat Curatorem bonorum, qui bona pendente lite super *Interinimento* administret, idque præsentibus creditoribus, & cum renovatione Inventarii a Curatore faciendi, *d. Ed. 1685.*

8. Sequitur *bujus capitis* pars tertia, de fructu effectisque beneficii, de quo loquimur. Statutum de his nihil habet; ideoque recurrendum ad jus commune, quod copiose exponitur in *d. l. ult. §. 2. & seqq. & Nov. 1. cap. 2.* & a nobis relatum est in *position. & prælect. ad tit. Inst. de Hered. qualit. & diff.* Triplex id esse constat; *non teneri ultra vires hereditarias*; *detrahi posse Falcidiam*, & *retineri, quod defunctus heredi debuit*: hæc fusius explicari, post ea quæ *ad Inst.* dicta, nihil opus est.

Multo minus; exponi controversiam, an quod lex de Falcidia tradit, etiam de Trebellianica accipiendum sit, quod illic negative conclusum; sed heic agimus de legum atque morum discrepantiis, inter quas hæc non ponitur.

Nec ea quidem hujus loci quæstio est, an inter incommoda neglecti Inventarii, quæ beneficiis directe contraria sunt, etiam hoc sit reponendum, quod liberi ne legitimam quidem deducere possunt. Existimamus, mitiorem sententiam, ut crebriori Doctorum calculo receptam, ita juris quoque rationi magis esse consentaneam, contra quam recentioribus multis visum, ut disputavimus in *prælect. ad d. tit. de Hered. qual. n. 5.* Una res illic obiter posita, magni momenti, hic recensenda est. Diximus, primum inventarii beneficium esse, *ne heres teneatur ultra vires hereditarias*, hoc ad *Inst. pag. 221. in fin. & seq.* restrinximus ad Creditores. *Sed Legatariis*, illic positum est, *nec olim, nec hodie, neglecto licet Inventario*, plus quam est in hereditate debetur, *l. 1. §. 17. ad SC. Trebell. §. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* Sed nonne, ut hoc temere excidisse videatur, faciunt verba *Nov. 1. c. 2. §. 2. Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios; licet pura substantiæ morientis transcendat mensuram Legatorum datio?* Ex quibus verbis communiter ita collectum videtur; *Heredem non facto inventario, teneri in solidum & ultra vires hereditarias, tam legatariis, quam Creditoribus.* Non muto tamen quod dictum, idque certi juris habendum puto. Neglectum inventarium fecit, ut heres in se recipere cogatur onus omne, quod heredibus jure antiquo incumbit, & nihil amplius, *l. ult. C. de jur. delib.* Atqui jure veteri non videtur heres legatariis ultra quam in hereditate esset, obligatus fuisse; *Neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, rescripto Divi Pii continetur, l. 1. §. 17. D. Ad. SC. Trebell.* Idemque firmat Justinianus in *§. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. Amplius quam aliquis ex testamento ceperit, inutiliter ab eo relinquitur.* Neglecti Inventarii nus-

quam hæc pœna traditur, quod legatariis in infinitum teneantur. Lex *ult. C. de jur. delib.* quæ hac de re πραγματικῶς & pleniſſime agit, nihil aliud habet, quam eum, qui Inventarium neglexit, *debitis hereditariis in ſolidum teneri*, *§. 10.* ut in ſolidum ſecundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, *§. 14.* addito *Falcidiæ* commiſſo, nihil præterea. Si hoc jus vetus & novum, noviſſime a Juſtiniano ſit mutatum, verbis id maxime claris & prægnantibus factum ſit oportet, ſicut ille ſuas novitates cum apparatu introducit. Ad illa verba modo relata, ex *cap. 1. §. 2. in pr. d. Nov. 1.* obiter quaſi jus ſolitum collocant. Denique Juſtiniani verba Conſt. πληρώσει τὰς λεγαταρίους καὶ φιδεϊκομμισσαρίους, κἂν εἰ τὸ τῆς καθαρᾶς ὀσίας τοῦ τελευτήσαντος ὑπερβαίνῃ μέτρον ἡ τῶν λεγάτων δόσις. *Legatariis & fideicommiſſariis plene ſolvet, et ſi legatorum datio ſuperet puræ ſubſtantiæ modum.* Subſtantia *pura* eſt, quæ deducta Quarta ex Lege Falcidia ſupereſt, ut apparet ex *fine §. 1.* ubi Cæſar deductionem Quartæ Falcidiæ, vocat τῆς ἀγνοίας κάθαρσιν τῆς τοῦ κατοιχομένου *purificationem ignorantiæ defuncti.* Deductis igitur ære alieno & Quarta Falcidia, ſubſtantia eſt *pura.* Non facto autem inventario, heres etiam ultra modum *puræ* ſubſtantiæ tenetur, quia Falcidiam amittit. Atque ita hæc verba continere exegeſin ejus, quod in *pr. objecti §. 2.* proponitur, οὐ παρακαθέξει Φαλκίδιαν, *non deducet Falcidiam.* Hæc obſervatio tam certa videtur, quam nova quibusdam videri poſſit.

9. Porro in his, quæ ad uſum executionemque inventarii pertinent, cum alibi a nobis expoſita non ſint, cumque nec ſuis dubiis ratione praxeos & theoriæ careant, aliquantiſper continuabimus.

Et primo quidem Heres, impetrata confirmatione ſive *interinatione* beneficii, poteſt ac debet ſolvere, quicquid in *funus impenſum fuit, vel in teſtamenti inſinuationem,* ſic ait Cæſar in *d. l. ult. §. in computatione. 9. vel in inventarii confectionem, aliaque judicialia, denique in omnes hereditatis cauſas caſusque neceſſarios.*

His perſolutis, ſatisfacere poteſt creditoribus *qui primi veniant,* ita loquitur Juſtinianus *in d. l. ult. §. Et ſi præfatam.* Etiam vero legatariis, *ſi interea venerint.* Solutio fit vel ex pecuniis hereditariis, vel rebus aliis, ut in hereditate reperiuntur, vel nummis ex earum venditione redactis.

Si poſtea ſupervenient, qui jure potiori præditos ſe eſſe doceant, hi nec heredem, nec emptores rerum ab herede venditarum, convenire poſſunt; ſed legatarios vel creditores, juris ordine poſteriores, actione hypothecaria, vel condictione ex lege compellare debent, *d. l. ult. §. ſin vero creditores & ſequentibus.*

Proinde, ſi qui accepere pecunias, dilapidaverint eas, neque ſolvendo ſint, hypothecarii creditores non habent, quo de ſuis debitis cum fructu experiantur; nec etiam Juſtinianus imperat, ut cautio ab his, qui primi accipiunt pecunias, exigatur.

Sed annon hoc iniquum, ut jus creditorum ita facto heredis intervertatur? Non videtur, nec enim heres aliter facere poteſt; Quilibet veri creditores habent jus exigendi debitum ſuum, & heres, ſicut defunctus, tenetur omnibus ad ſolvendum; ſicut defunctus non poterat perſonales creditores repellere, propterea quod alii forte potiores eſſent, ita nec heres poteſt, niſi potiores illi creditores ipſo actu concurrant cum deterioribus; quo referemus verba *§. 9. in fin. d. l. ult. Temporum tamen prærogativa inter Creditores ſervanda.* Eoque reſpectu cautionem a primo venientibus exigi poſſe, conſentaneum eſt, *arg. l. 41. de Judiciis.* Quo facit, quod Statutum noſtrum exigit cautionem, quando debita quædam ſunt liquida, quædam controverſa, ut tum liquida primo ſolvantur, ſub cautione, *d. tit. 18. art. 3.*

10. Ex his poteſt intelligi, an heres inventarienſis ſubjectus ſit Arreſtis. Et quidem a noſtra Curia non ſolita ſunt admitti, *primo* quia lex dat facultatem heredi, primo ſolvendi his, quorum liquida ſunt credita, ut neque prætextu illiquidorum retardari queant; arreſto autem ſine dubio retardarentur. *Dein,* quia, ut dictum eſt, heredem oportet exigere cautionem de reſtituendo, a creditoribus, qui hoc caſu accipiunt pecunias, ſi deinde conſtet, eos non habuiſſe jus ante alios accipiendi; quæ cautio tollit Arreſti neceſſitatem.

Verum enimvero hæc jura beneficiaque, Hæredibus ſæpe dederunt occaſiones atque prætextus, abutendi ſuis privilegiis in necem creditorum & legatariorum, dein prætextu nominum illiquidorum & mole difficultatum, quæ in ejusmodi hereditatibus ſe produnt, eos ſine fine fruſtrantur, ut non abſurde *Beneficium* vulgo *maleficium* ſit dictum; qua de re non apud nos ſolos querelæ auditæ ſunt. Ordines Friſiæ huic incommodo in ſæpe laudato Edicto conati ſunt mederi, quatuor potiſſimum articulis ſanctionum. I. Omnia bona mobilia & immobilia, nullis exceptis, intra annum

num ab impetrato beneficio, auctione publica venduntor. II. Intra annum ab impetratione beneficii, aut si res soli venditæ fiat, intra sex menses ab ultimo solutionis termino, rationes administratæ hereditatis reddentur. III. Si Creditores se opponant beneficio impetrando, heres inde cis 14. dies Curatorem bonis, ut dicere occupavimus, a Curia constitui curabit. IV. Intra prædictum tempus anni, aut sex mensium post ultimam solutionem pretii rerum immobilium, heres creditoribus solvet, juxta ordinem juris, sub pœna amittendi Beneficii, & id quod interest læsis præstandi. Quod tamen ita videtur intelligendum, si dolus malus, aut lata culpa heredis, arguatur in ordine pervertendo, vel cautione negligenda. Nam si ad eventum præstandum teneatur, nemo aut hoc beneficio salvus esse, vel fidejussorem invenire posset.

Postremo loco monendum videtur, nostris moribus non obtinere, quod alii de consuetudine Belgii narrant; *Ad Inventarii confectionem, eos quorum interest, intra quindecim dies esse vocandos, qui, si non compareant, intra sex menses, quando sunt in Belgio. vel intra annum, si peregrinentur, exceptis personis de jure privilegiatis, suo jure super rebus venditis earumque pretio, privati censebuntur.* Ita D. Voetius ad *§.5. Inst. de Hered. qualit. n.5.* tanquam e plurium, quos allegat, sententia.

De quindecim diebus, nihil aut jure civili, aut Statutis nostris cautum; neque de sex mensibus: pœna autem, ut jure suo privati censeantur, adversatur rationi rectæ, jurique communi; quo datur actio hypothecaria, vel condictio ex lege iis, qui postmodum accedunt; & quidem condictio est perpetua, cum nusquam ei tempus præscribatur, *d. l. ult. §. fin vero. C. de jur. delib.* sed pertinet hæc res ad usum citationis generalis, jure civili & nostro usu incognitæ, de qua locuti sumus *ad tit. de in Jus voc. n. 13. Part. II. pag. 596.* & ad *tit. Quib. mod. pign. vel hyp. solv. pag. 1075.* cujus scilicet ea vis est, ut nisi omnes quorum interest, intra certum tempus adfuerint, jure suo cadere intelligantur.

LIB. XXIX.

Tit. I.

De Testamento Militari.

I. Remissio, & recensio privilegiorum testam. Militaris & Usus ejus. II. De Testamento Parentum inter liberos. III. Circa eorum revocationem observatio. IV. De testamentis Principi oblatis & apud Acta celebratis. V. De testamento rustici. VI. Tempore pestis facto. VII. & ad pias causas.

Superiore libro de Testamentis solennibus actum. Sunt etiam privilegiata, quorum præcipuum est Militare, de quo sat actum *ad Inst. h. t.* Heic addemus, quod hoc privilegium habeant etiam hi, quos fortuna belli in hostili solo deprehendit, ita ut ibi decedant, *l. un ff. de bon. poss. e testam. mil.*

Privilegia militum ad quatuor capitola referri possunt. I. Ad modum testandi, quia remittuntur iis solennia, ut possint facere & rescindere testamentum nuda voluntate, *l. 15. §. 1. & l. 34. §. 1 h. t.* ut etiam notis scriptum valeat, *l. 4. pr.* juncta *l. 6. §. f. de bon. poss.*

II. Ad personam militis, si filiusfam. *pr. I. Quib. non est permiss fac. test.* si capitis sit damnatus, valet adhuc ejus testamentum, *l. 11. pr. h. t.*

III. Ad heredes & legatarios, cum quibus etsi non sit testamenti factio, possunt tamen a milite scribi heredes, *l. 13. §. 2. de mil. test.* adde *l. 41. §. ult. l. 9 C. h. t. §. pen. Inst. de exhered. lib.*

IV. Ad ipsam quasi substantiam testamenti; Licet enim ei plura facere testamenta, ut omnia valeant, *l. 19. h.* Codicillis hereditatem dare potest, *l. 36. in. pr. h. t.* Testamentum ejus non subjacet querelæ inofficiosi, *l ult. §. 1. & 2. C. de inoff. testam.* pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l. 7. de R. J.* quo facit *l. 17. pr. & l. 37. pr. h. t.*

Tamen sunt etiam Leges, quibus miles non est solutus, ut Lege Julia de fundo dotali, *l. 16. h. t.* L. Ælia Sentia, *l. 29. §. 1.* Edicto de jurejur. conditionis implendæ causa, *§ 2. ibid.* Mulieri turpi nihil potest relinquere, *l. 41. §. 1. h.* quod paganis licet, *l. 3. §. 1. de Donat. int. vir. & ux.*

2. Hæc in locis, ubi jure civili utimur, ac apud nos eadem effusa libertate probantur, quæ legibus

indulta

indulta est, ut valeat scriptum militis testamentum, etsi nullis testibus firmatum; non modo cum miles stat in procinctu, ut olim, sed omni expeditione durante, licet morbo decesserint, *modo non sint extra necessitatem expeditionis in aliis locis, vel suis ædibus, pr. Inst. h. t.* ut in hoc exemplo. D. ab Andringa Major Legionis Belgicæ, in expeditione contra Gallos morbo decesserat in quodam Monasterio apud Brabantos, *anno 1674*. In femorabilus mortui repertum est testamentum ipsius manu exaratum, plena complexione verborum, sed absque subscriptione, vel ipsius, vel testis ullius, quo sororis filium heredem scribebat, filia sororis præterita. Quæ hereditatem ab intestato petebat, ut testamento non militari; quippe non facto in loco expeditionis, & ratione voluntatis imperfecto: Sed probatum est a Curia testamentum, ut satis congruum *legi 15. C. h. t.* Quod apud hostes in carcere factum est, eodem sine dubio gaudebit privilegio, per *l. un. de Bon. poss. a testament. mil.* cujusmodi, vix tantum quod intelligibile, conditum in carcere Anglicano apud *Chelsey*, a nauta Frisio, valere respondi *17. Febr. 1666*.

3. Præterea solennitates nullæ requiruntur in testamento, quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam suos, primi vel ulterioris gradus, Sand. *l. 4 tit. 1. defin. 6 l. 21. §. ex imperfecto. C. de Testam. & Auth. seq. ex Nov. 107. c. 1.* quibus in locis dispositio illa Testamentum vocatur, ideoque etiam vim testamenti habere videtur; Quanquam alii disputant, esse eam potius *ultimam voluntatem intestati*, ut loquitur textus in *d. l. 21. §. ult.* per *l. ult. C. famil. ercisc.* ubi, *licet ab intestato liberi ad successionem vocentur*. Unde sequeretur, quod liberi in ejusmodi testamentis non possint exheredari, ut disputat Ant. Faber *decad. 36. err. 5.* & Bachovius ei concedere videtur, *d. disp. 10. th. 6. lit. G.* Potest quidem testator dispares liberis relinquere portiones; sed hoc ipse Bachovius, licet dissentiens, explicat ita, ut non fiat vigore simplicis dispositionis paternæ, sed adminiculante officio arbitri familiæ ercifcundæ, qui juxta voluntatem Patris assignat partes, *arg. d. l. ult. C. Fam. erc.* juncta *l. 2. C. de Inoff. donat.* præterquam quod talis inæqualitas non pertinet ad partes assis, sed ad divisionem rerum hereditariarum: verum ex *d. Nov. 107. cap. 1.* liquet, Institutiones etiam ex unciis, quot testator voluerit, fieri posse, quod satis arguit testamentum. Et tamen æquitas ac odium exheredationis, non abhorret ab illa sententia, ad exheredandos liberos requiri solenne testamentum.

Forma hujus testamenti præscribitur, ut Parens omnia manu sua clarisque literis, non signis numerorum exaret, & tempus adscribat, nec de aliis disponat, quam quoad liberos: Alios enim frustra facit heredes, cum eorum portio liberis accrescat, *d. l. 21. §. 1.* Verum legata & fideicommissa, eadem scriptura comprehensa, effectum habebunt, *d. Nov. 107*.

In omnibus autem hisce textibus, dispositiones Parentum scriptæ dicuntur privilegiatæ, unde in nuncupativis diversum obtinere videbatur, *arg. d. l. 21. §. 1.* juncto *§. 1. & 2.* ut disputat A. Fab. *dec. 35. err. 4. & dec. 36 err. 9.* quamvis contraria DD. sententia, in praxin forensem abierit, teste Sandio *l. 4. tit. 1. defin. 7.* quæ tamen nec ratione sua destituitur, neque è textibus explicite refelli potest. Quemadmodum & auctoritas Juris Canonici, quod ubivis duobus testibus cum Parocho contentum est, *cap. cum esses. 10. X. de Testam.* receptum est quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est *cap. relatum. 11. eod. tit.* Schneidew. *ad §. 5. h. in fin.* Tiraq. *de privil. piæ caus.*

4. Verum circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, quæritur, an adhuc obtineat quod est in *Nov. 107. cap. 2. & Auth. Hoc inter liberos. d. t. C. de testam.* ubi statuit Justinianus, si Parens velit derogare priori testamento, quod jure privilegiato fecit inter liberos, eum condere debere perfectum testamentum, in eoque *id expressim significare, quod revocet prius testamentum inter liberos factum*. Hinc duæ res intelliguntur: Primo, Testamentum Parentis inter liberos privilegiatum, non tolli per aliud privilegiatum, sed per solenne duntaxat; secundo, non tolli illud ipsum per generalem clausulam derogatoriam, multo minus tacite per testamentum posterius, utcumque solenne perfectum, sed requiri specialem revocationem. Neutrum apud Hollandos aliasque gentes servari, testatur Groenewegius ad *tit. C. de testam. l. Hac Consultissima*; Non prius, quia cum illic gentium, testamenta coram Notario duobusque testibus fiant, eodem modo revocari posse intelliguntur; non posterius, quia sic visum non fuit Curiæ Hollandicæ, ut relatum est apud Coren. *observ. 39.* Nos ex generali principio sæpe laudato, nihil causæ videmus, cur utrumque præceptum hoc circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, non sit observandum;

dum; Ut nec affirmare ausim, apud Judices nostros locum inventuram esse limitationem Baldi, *in l. ut liberis. C. de Collat.* probatam a Sichardo ad *d. l. hac consultissima. num.* 7. & ab Rittershusio Jur. Justin. *part. 6. cap. 2. n. 11.* qui censet, istam anomaliam placuisse Justiniano in favorem liberorum; proinde, si posterius Testamentum sit favorabilius pro liberis, aut nulla parte iniquius, ad revocationem prioris nihilo plus requiri, quam in aliis omnibus ultimis voluntatibus infirmandis requiratur: Adeoque Cæsarem illam rigidiorem observantiam instituisse contra extraneos, quibus parens in præjudicium liberorum posteriore testamento voluit consultum. Non est in textu hæc limitatio, nec tamen ei repugnat, & habet æquitatem, ut melior sit pro jure condendo, quam pro jure condito interpretando.

4. Tertium & quartum in ordine Privilegiatorum testamentorum est, quod Principi oblatum, & Actis insinuatum est.* Utrumque nihil aliud solennitatis desiderat, quam conscientiam Principis, & insinuationem in actis publicis, *l. 19. C. de testam.* Nec verum videtur, quod Bartolus & alii, quos refert & prop sequitur Schneidewinus, *ad hunc tit. I. cap. de solennibus testam. n. 17.* volunt, duos testes in ejusmodi testamentis requiri. Ineptum enim est, requirere probationem eorum, quæ apud principem aut apud acta geruntur, cum talia satis superque eo ipso probata, imo probatione majora censeantur; Quo pertinent verba *d. l. 19. omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet.* Et mox, *securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum, mentis suæ postremum publicavit judicium.* Quamvis igitur solennitates vulgo requisitæ, in his testamentis cessent, non tamen imperfecta, sed alio sensu solennia sunt, ut ex verbis citatis liquet. Moribus gentium, testamenta apud acta condita frequentissimi usus sunt; Principi oblata rarioris. Apud nos utique inusitata, inaudita, nec tamen abolita, ut eo modo neminem testari posse, vix dici queat: Nisi quatenus quod nunquam fit, nec unquam fieri posse credi solet.

5. Hæc sunt privilegiata Testamenta, quæ omnibus legum requisitis eximuntur. Sunt etiam, quæ certis tantum solennitatibus liberantur, ut testamenta Agricolarum, quæque tempore pestis fiunt. De Agricolis est textus in *l. ult. C. de testam.* cujus apud nos etiam usus perquam rarus est,** siquidem & in Pagis assiduo fere servatur, ut septem testes adhibeantur; sic tamen, ut pro literatis subscriptionibus admittantur signa picta; at hæc res modo usum privilegii, cum id jam in omnibus testamentis promiscue sit receptum, sicut antea commonefactum est, amisit.

6. Sed Privilegium Testamenti tempore pestis facti, habet ampliorem his diebus usum, quam lege Cæsaris præscriptum est in *l. casus majoris. 8. C. de testam.* etsi apud Batavos, omnesque eos, qui testamenta faciunt coram Notario duobusque testibus, huic privilegio vix ullus sit usus. Sed dubitant illic Prudentes, an coram duobus testibus valitura sint testamenta nuncupativa, vel scripta a testatore sine testibus, si quando tempore pestis fiant; moresque Batavicos ea parte obscuros esse, narrat Grotius *Introduct. lib. 2. part. 17. in fin.* Adfirmativam placuisse Curiæ Hollandiæ, testatur Grœnew. ad *d. l. casus. 8.* Sed Curiæ Parisiensi, ne quidem coram septem testibus factum sine scripto, tempore pestis testamentum, etsi Notarius rogatus accedere noluisset, probatum fuisse, testatur Robertus 2. *rer. jud. 10.* Cæsares nihil aliud in hoc testamento remiserunt, quam quod ob timorem contagionis necesse non sit, ut testes, qui ad testamentum sunt vocati, eodem omnes tempore socientur & in unum conveniant, verum sufficiat, si alii post alios accedant, testamentumque signent. Sed quid; an non testes saltem singuli debent esse in

* Circa illud observandum, usum Saxoniæ requirere, ut testamentum ab ipso testatore, non per procuratorem, Principi offeratur. Carp. *dec. 293.* Richt. *dec. 48. n. 2. sq.* Berl. *P. 3. Concl. 4. n. 32.* Hoc vero apud Acta cujuscunque judicii insinuari potest, imo etiam extra locum judicii coram tribus personis judicialibus offerri, aut coram Actuario, qui simul administrator judicii est, & Scabino uno. vid. *P. 3. C. El. 73.* In loco judicii si insinuetur, præsentia Judicis & Actuarii, imo si periculum in mora sit, unus ex illis sufficit, qui de periculo judicialiter testetur. *Dec. El. 45.* Cæterum etiam hoc testamentum ab ipso testatore insinuandum esse, docent Carpz. *P. 3. C. 3. d. 23.* Hartm. Pist. *l. 3. qu. 28. n. 5. sq.*

** In Saxonia Electorali Juris Civilis dispositio omnimodo observatur, teste Carpzov. *P. 3. C. 4. d. 40. sq.* In nonnullis autem Saxoniæ Communis provinciis, etiam testamentum coram parocho & duobus testibus conditum, pro valido agnoscitur. Coler. *P. 1. dec. 35. n. 4.* Richt. *dec. 28. num. 11.* j. Struv. *S. J. Ex. 32. th. 17.* Schilt. *ad ff. Ex. 38. §. 116.*

præsentia testatoris? Id procul dubio necessarium, cum nihil magis contra fraudes expediat? At Græci *d. l. 8.* ita interpretantur, ut testes separatim a Testatore signare possint; συγχωρεῖσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτῦ σφραγίσαι τὴν διαθήκην. *Permittatur seorsim a testatore, signare testamentum.* Verba legis sunt; *Testes hujusmodi morbo oppressos, eo tempore jungi atque sociari, remissum est*; Gothofredus & omnes, pro *oppressos* legendum censent *oppressis*; quia testium formidini videtur occurri, non ut peste infecti prohibeantur vocari, quod vix usum habeat: idque convenit Græcorum interpretationi. Statuendum nihilominus videtur, testes omnino testatorem audire, & videre loquentem oportere, sed mox posse recedere, ut separatim signent, cum alioqui testes integrum usque ad finem actum, coram ipso, quod est uno contextu, perficere debeant; ita tamen, ut legitimus testium numerus interveniat; cum septenarius numerus *ea lege* non sit sublatus, in verbis: *non etiam convenientis numeri eorum observatio sublata est.* Hæc igitur Constitutio satis modicum dat privilegium; sed Doctores sequentium seculorum, quibus horror pestis immensum crevit, animosque hominum penitus insedit, in alia omnia iverunt, testamentumque tempore pestis factum, quovis modo valere voluerunt, adeoque pro absolute privilegiato id habent, in quo nihil aliud requiratur, quam ut satis constet de voluntate testatoris; adeoque testes duo vel tres in eo sufficere creduntur, ut videre licet apud Gailium *lib. 2. obs. 118.* Nobis alioqui non videbatur tantum fuisse caussæ ab Imperatorum præscripto recedendi; quia nostrates subacti non sunt tam indomito timore pestis, qualem in aliis gentibus regnare videmus; nec enim apud nos officia charitatis & vicinitatis inter cives præciduntur, non fratrem exhorrescit frater, & natum parens, gnatusque patrem. Nec veterum historiæ usquam referunt tam deformes effectus formidinis illius a contage, quales hodie in Christianis populis conspiciuntur. Nostrates veterem modestiam fiduciamque divinæ providentiæ, sine temeritate tamen, observant; quo tamen non obstante Sandius in *lib. 4. t. 1. def. 4.* refert, Senatum juxta communem hanc sententiam Doctorum judicasse; quod nec dubito, quin jam pro jure certo receptum, inque futurum sit observandum.

7. Idem accidit in Testamento, quod ad pias caussas factum est; Huic enim jure Romano nullum privilegium datur, sed Pontifices illud absolute volunt esse privilegiatum, ita ut contenti sint duobus testibus omni exceptione majoribus, *cap. Relatum. X. de Testam.* ubi ratio e sacris litteris, *quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium testium stat omne verum.* cui sententiæ in materia piarum caussarum nolunt derogari. Æquitas hujus exceptionis merita quoque est omnium Interpretum calculos, & Sandius testatur in *d. tit. 1. def. 13.* Senatum ita censuisse, *quæstionem hanc non esse decidendam ex Romano, sed ex jure Canonico.* Verum an exemplum, quod ibi commemorat esse judicatum, sit ejusmodi, ut ejus definitio ex jure Canonico petenda fuerit, Lector existimet. Erat ejusmodi; Quidam ab heredibus suis ab intestato successuris, fratre nempe & sorore præsentibus, pauperibus Ecclesiæ Reformatæ in pago N. reliquit centum florenos. Nonne hoc jure Civili constat; quando Testator præsentes heredes rogat aut jubet aliquid præstare, quod tum hi teneantur ad id præstandum, etsi duo tresve testes duntaxat adfuerint, imo etsi nullus adsit, modo constet, eos esse rogatos, aut ipsi confiteantur, *§. ult. Inst. de fideicomm. hær. l. ult. C. de fideicomm.?* Plane, si Testator verba ad heredes ipsos direxisset eosque rogasset, ut pauperibus centum darent, obligati fuissent omnino *per illos textus*, ut quidem videtur, & diximus ad *tit. Instit. de fideicommiss. hered. in fin. & tit. de sing. reb. per fideic. rel.* ubi & Thomasius. Hæc usum nuncupationis in ultimis voluntatibus supponunt; a qua nonnullæ gentes quam sint alienæ, patet ex iis, quæ modo de Batavis & Gallorum usu, diximus *n. 6. a. pr.*

TIT. II.

De Acquirenda vel omittenda hereditate.

I. Remissio, de Acquisitione hereditatis, quæ ipso jure vel facto fit, ac usus hodiernus. II. An extraneo herede in ignorantia mortuo ante aditionem, locus sit restitutioni. III. Novissima de Acquisitione & transmissione Hereditatis doctrina. IV. V. VI. An conditione impleta, hereditas sit adita cum effectu transmissionis. VII. De jure accrescendi in heredis institutione singularia quædam, Ratione fideicommissarii heredis ex re certa, & præscriptionis.

Locum

LOcum de Acquirenda vel omittenda hereditate, habuimus ad *tit. Inst. de Hered. qual. & diff. n. 8.* ut ad paratitlarem notitiam nihil admodum amplius requiratur. Comparatio quarundam positionum cum usu hodierno, ex instituto nostro superest. Prima *positio*, Sui heredes acquirunt dominium rerum hereditariarum ipso jure, *l. u. de Lib. & Posth. hered. inst.* non æque possessionem, *l. 23. in pr. de Acq. poss.* Altera, Sui transmittunt hereditatem quoque non aditam, & nescientes, in heredes suos, *l. un. §. 5. C. de. Caduc. toll.* E contra Extranei nihil, quam aditione perpetrata, vel acquirunt vel transmittunt, *d. l. un. §. 5.* idque sine discrimine testamentariæ vel legitimæ hereditatis, de quo Wissenb. ad *h. t. th. 10* Harum positionum usus pendet a jure patriæ potestatis, quod ubi viget, ita sicut jure Civili proditum est, agnoscit illas regulas, quemadmodum apud nos pro indubitatis habentur, ut docet Sandius in *lib. 4. tit. 1. def. unica, & tit. 9. def. 1.* Ast ubi patria potestas, sive excellentes ejus effectus, in capite de patria potestate memorati, non habent locum, ibi Suitas & discrimen hereditatis æque ignoratur, ut recte Groenewegius ad *§. ult. Inst. de Hered. qualit. & diff.* & ad *l. 3. C. de jur. delib.* Proinde quicunque heres e testamento vel ab intestato supervixit defuncto, hereditatem, quam non repudiavit, etsi ignorans, acquirere & in heredes suos transmittere intelligitur; idque non modo quod ad dominium attinet, sed etiam quod ad possessionem, per decantatam fori Gallici regulam, maxima Europæ parte receptam: *Le mort saisit le vif. Defunctus mittit vivum in possessionem;* de qua Tiraquellus *libro peculiari*, ut alias dictum. Apud nos, & ubicunque præterea jure scripto utuntur, differentia prædicta adhuc est in viridi observantia; ut extranei, ignorantes hereditatem sibi esse delatam, ne quidem jus deliberandi ad heredes suos transmittant; cum scientia diserte requiratur, ut alias dictum, ex *l. 19. C. de jur. delib.* idque Sandius exemplo rei judicatæ confirmat in *lib. 4. tit. 9. def. 1.* Testatrix anno 1584. prohibuerat aperiri testamentum, nisi Brugis in Flandria. Quod per bellum Hispano-Belgicum fieri non potuit, nisi tempore induciarum anno 1609. quo jam mortuus erat heredum unus. Pars ejus ad heredes ipsius non est judicata pertinere, *d. def. 1.* Nec unquam postea dubitatum, quin id ita juris ac moris esset, etiam in hac specie; Petrus Scheltinga, fratre Johanne, qui aberat in Italia, herede instituto, mortuus erat. *Johannes* aliquandiu postea Romæ in fata concesserat; dubitatum est, an hereditatem ad successores transmisisset. Facti quæstio habita est, utrum aditionis actum edidisset, idque scriptus heres, ut probaret satagit, *ante ferias caniculares 1679.* de jure, inquam, non est dubitatum.

2. Neque tum nec in Sandiano exemplo de beneficio restitutionis in integrum impetrando a partibus actum erat: quod tamen vulgo remedium habetur promptum, quo deficientes heredes, rigorem juris odiumque caduci vitare possint, ex *l. Pannonius Avitus 86. h. t.* Sed Cujacius *ad lib. 6. respons. Papin.* censet, exceptionem ibi fuisse in favorem absentis Reip. causa: eamque responsionem laudat Sandius, alii reprehendunt; in tantum, ut Thomasius noster restitutionem, non modo ex probabili, sed etiam quavis ex causa putet concedendam, *Schol. ad posit. 3. h. t.* Sed videndum, ne, ubi jura suitatis vigent, restitutionis in integrum termini illo casu non existant. Etenim quando is, cui delata est hereditas, defecit, ut ad ejus heredes transmitti nequeat successio, quæ in pendenti esse nequit, vi legis immediate ad sequentem gradum transfertur: *nec jacent vacua sine Domino bona*, sed ubi prior est exclusus, *incipit ad alios pertinere successio*, perinde ac si prior non fuisset in mundo, *l. 1. pr. §. 6. & 10. de Succes. Ed.* Hoc jus posteriori per leges quæsitum, ab herede posteriori auferri non potest. Idque voluit Papinianus, quando restitutionem, *stricto jure non competiisse monet, quod intra diem aditionis Avitus obiisset.* Quale hoc strictum jus? Quod nulla causa restitutionis ex Edicto heic applicari posset; & quod alii jus successionis quæsitum, auferri non posset. Unde ob exquisitam æquitatis rationem illic Imperator *in d. l. 86.* subvenisse, dicendus fuerit, tam propter absentiam Reipubl. causa, quam ideo, quod Procurator Aviti jam adiisset, quæ per hujus ignorantiam ratihabitione destituta erant. Non est igitur, ut jus successionis non adita hereditate amissum a Judice per restitutionem instaurari queat; sed opus erit *Dispensationis*, quod vocant, remedio, quo Principis auctoritate jus amissum ob singulares æquitatis rationes heredibus deficientis restituatur.

3. Hinc etiam judicari potest de quæsito notabili, de quo in exedra consultoria varie respondum memini. Scripti erant heredes Fratrum & Sororum liberi; post mortem Testatoris aditaque ab extantibus fratrum & sororum liberis hereditate,

reditate, sed neque dum divisa, nascuntur alii sororum liberi, qui cum reliquis admitti cupiunt; non visum mihi fuit dubitandum, quin repellendi essent. Ex eo, quod supra dictum, jus quaesitum iis, qui hereditatem legitime acquisiivssent, auferri non posse. Nam ut dicendum aliquis putet, hereditatem quidem ab iis, qui tempore mortis extabant, acquisitam esse illo tempore, sed revocabiliter & pro numero postea natorum minui hereditatem, id merito absurditatis arguit Peregrin. *de fideicomm. art. 22. n. 72.* auctoresque ab eo laudati. Cui accedit, quod nec ab intestato tales postea nati, si nec vivo testatore concepti fuerint, admitti possent, *per l. 6. in pr. de injust. r. test.* qua de re *ad tit. de suis & leg. her.* Sed hic voluntatis est quaestio: si pater leget filiabus suis, non aliter posthumae debetur legatum, quam si in aliqua parte testamenti posthumae fecerit mentionem, *l. 17. in pr. de Legat. 1.* Hoc utique de posthumis alienis multo magis statuendum. Neque desunt, qui ampliandam putant hanc sententiam: uti, si quis fideicommissum reliquerit filiis Titii, tantum vocati censeantur, qui tempore testamenti extabant, non qui postea, vivo licet Testatore, sunt nati, quia motus videtur Testator affectu erga viventes & notos, qui in necdum natos nullus est: Sed hoc ita verum esse queat, si Titius sit extraneus testatori; In cognatis affectus sanguinis facile dictat extensionem ad posthumos, tempore mortis testatoris existentes, ut Peregrinus *d. art. 22. n. 14.* Bartolum secutus *ad l. si cognatis. ff. de Reb. dub.* Haec igitur sententia sine dubio verissima est, Institutis fratrum vel sororum liberis, natos post obitum Testatoris & acquisitam hereditatem, non admitti in concursum; nisi verba Testatoris ejusmodi sint, ut verificari non possint aliter, quam si liberi postea nascituri comprehendantur, qualem casum Curia Brabantiae putavit esse hunc; cum Testator dixisset, *Philippum fratris mei filium cum reliquis suis fratribus & sororibus heredes instituo*, Philippus autem *habebat fratrem unum & sororem* duntaxat unicam, teste Stockmanno *Decis. 26.*

4. Non est valde mirandum, jus illud rigidum Suitatis, post tot secula, multarum usu gentium esse abolitum; quando & ipso jure Romano non parum ex eo detritum est. Nam I. Liberi omnes, etsi non *Sui*, heredes a parentibus scripti, hereditatem ignorantes in suos liberos transmittunt, *l. un. C. de His, qui ante apert. tab.* II. Liberi omnes patri suo matrive suae ipso jure succedunt, ac ita jus habent ignorantes transmittendi, *l. 11. C. de suis & legit. hered.* sunt autem ambae leges istae ab iisdem Caesaribus. III. Infantes undecunque delatas hereditates in suos patres transmittunt, *l. 18. C. de Jur. Deliber.* Extra hos casus Heredes non sui, hereditatem aliter acquirere aut transmittere, quam si illam ipsi adierint, nusquam leguntur. Et quoniam aditio requirit animum & propositum acquirendi, * *l. 29. h. t.* Curatores pro minoribus, & Tutores pro majoribus infantia, cum effectu transmissionis, adire non possunt, *l. 5. C. de jur. delib.* Sed pro infantibus Tutores aditione funguntur, *l. 18. C. eod.* An & pro Furiosis, qui similiter animo carent, etiam Curatores adire possunt? Negat Justinianus *in l. ult. §. 7. & 8 C. de Curat. fur.* Ideoque si Tutor pro infante non adierit, si furiosus, si minor, vel pupillus septennio major ignarus hereditatis delatae, licet Tutor vel Curator adierint, si quilibet alii delatae hereditatis ignari decesserint, hereditates, ipsis aliunde quam a Parentibus delatae, non acquiruntur his, qui ipsis, sed qui illis, a quibus bona ad eos pervenere, sunt proximi, *d. l. ult. §. 8. l. 18. C. de jur. delib.* Moribus ut plurimum secus est, ubicumque regula de transmissione promiscua tam possessionis quam Dominii recepta est, ut ferme ubique est. In populis, qui jure scripto utuntur, ut noster, quo minus idem servetur nihil obstat, eoque pertinet Sandii observatio *4. 8. 9.* Etsi promiscuum jus transmissionis communiter hominum opinionibus ita insederit, ut parum absit, quin tacita observantia utique in pupillis & minoribus, sit approbatum. Egimus hac de re prolixius *ad tit. Inst. de Hered. qual. & diff. n. 10. & seqq.*

5. Caetera ad hanc doctrinam spectantia, retulimus ad *d. tit. Inst. de Hered. qual. & diff. n. 8. & seqq.* Duntaxat aliquot Positiones obiter ibi relatas, heic declarabimus. I. Heres implendo conditionem, non statim acquirit hereditatem, sed facultatem acquirendi consequitur, *l. 13. de Condit. Inst.* An igitur neque transmittit hereditatem, si post impletam conditionem nihil aliud egerit, per quod hereditas acquiri solet? Non

* Fieri autem ea potest Jure Civili statim, Saxonico intra 30 diem, interim heredi sola custodia, non possessio, aut jus administrandi, competit. *LR. l. 1. art. 22. Conf.* Carpz. *dec. 284. n. 14.* Id. *P. 3. C. El. 14. def. 16.*

videtur

videtur, quia conditione expleta, hereditas duntaxat quasi pure *delata* habetur, *l. 26. d. tit.* juncta *d. l. 13.* Sed jus deliberandi, ad quod scientia sufficit, transmittit, si intra annum moriatur, *l. 19. C. de jur. delib.* In suis heredibus quæstio de transmissione non habet usum. At tamen si paruerit conditioni Suus, hereditatem acquisivisse judicatur, & jus abstinendi amittit, *l. 86. §. 1. de Hered. acquir.* quod rursus in extraneo secus est; hic enim post impletam conditionem, adhuc repudiare potest, *l. 1. §. 1. de Condict. caus. dat. non sec.* Ratio differentiæ non est obscura, quod cum Suus ipso jure sit heres necessarius, & abstinendi jus a Prætore veniat, effectus juris facilius cum necessitate in Suo, quam cum arbitraria libertate in extraneo herede, coalescat. His consentaneum est, suis heredibus mortuis, antequam se abstinuerint, præsumi quod heredes fuerint: ideoque creditores bona paterna non minus quam propria filii, occupaturos. Sand *d. lib. 4. tit. 9. def. 9.* Quod temperandum tamen, nisi contraria præsumptio adsit; quæ colligitur, si paterna hereditas onerosa fuerit, per *l. 12. h. t.* Certe, cum sui heredes liberos reliquerunt, hi licet pater non abstinuerit, tamen abstinere possunt, *l. 7. §. 1. h.*

6. Non valet aditio hereditatis, nisi fiat ex certa scientia, testamento delata sit hereditas an ab intestato, item pure, an sub conditione; aliter facta, nec prodest neque nocet. Filia Patris heredem se dixerat inops, impune. Sed aucta deinceps hereditate, cum a Creditoribus Patris impeteretur, hac ratione se tuebatur, quod cum adiret, heredem ab intestato se putasset, deinde vero prolatum esset testamentum, Εὐστόχως, *l. 13. & seq. h. t.* An etiam scire debuit, utrum ex parte, vel in totum hæres esset? nihil opus fuit, quia pro parte heres, etiam invitus fit heres in totum, *l. un. §. His ita. 10. C. de Caduc. toll. arg. l. 1. & 2. h. t.* juncta *l. 7. de R. J.*

7. Scilicet Jure Accrescendi, de quo prolixe actum *ad tit. I. de Legat. n. 22.* præcipue quidem respectu Legatorum; sed & pariter de heredis institutione: In qua jus Accrescendi operatur etiam pro heredibus ab intestato, etsi nulla ibi proprie conjunctio. Heredes enim sive testato sive ab intestato, semper habent jus accrescendi, deficiente coherede, propter sæpe dictam regulam *l. 7. de R. J.* Sed quando variæ conjunctionum species permixtæ sunt, tunc qui sunt in quaque formula peculiariter conjuncti, reliquis præferuntur, *l. un. §. 10. C. de Caduc. toll.* Velut, si dictum sit ita, Titius heres esto, Cajus & Sejus heredes sunto, aut fratris mei filii heredes sunto. Deficiente e posterioribus uno, pars ejus ad alterum e posterioribus solum pertinet, *l. 11. l. 23. & l. 15. in pr. l. 59. §. 2. de Hered. inst.* Proinde similiter, si tres sint heredes ab intestato, qui jus habent singuli a possessore trientem petendi, ac unus eorum defecerit ante aditionem, reliqui duo singuli petent semissem, *l. 9. de Suis & legit. hered.*

In fideicommisso quid juris? Heres scriptus ex semisse rogatus est hereditatem restituere, restituit. Interim coheres defecit; Utri accrescet hic semis? Fiduciario, ut videtur; rogatus enim est de sua parte tantum, ne plus habeat fideicommissarius quam voluit Testator. Excipe, nisi fiduciarius adire & restituere compulsus sit, *L. Papinianus. 43. ad SC. Trebell.* quia tunc nihil lucri vel damni capit ex hereditate, *l. 4. eod.* Proinde tunc etiam quod accrevit, restituere debet, *d. l. 43.* Cujac. *12. obs. 12.* Numquid obstat, quod jus accrescendi partem adjicit parti, alluvionis instar, *l. 33. §. 1. de Usufr.* quæ est ejusdem Papiniani? Ego ita existimo: In *l. 33.* non doceri, neminem posse habere jus accrescendi, qui nullum corpus hereditarium habet; sed quando pars fundi accrescit fundum habenti, tunc partem veterem & novam, quæ accrevit, eandem rem censeri. Cæterum, heres habet jus accrescendi ex voluntate defuncti; Fiduciarius autem est heres & manet heres, etiam post restitutionem, *§. 3. Inst. de Fideicom. heredit.*

Quare jam nihil vetat, opinor, quo minus si quis ex re certa cum alio institutus, quam rem certam ei capere non licet, etsi nihil de rebus hereditariis teneat, vi tamen heredis institutionis, cujus non est incapax, jus accrescendi, altero deficiente, sit habiturus. Quæ res pertinet ad firmandum rei judicatæ exemplum, quod retulimus *ad tit. de Hered. instit. n. 8.* ubi responsionem ad quædam objecta promisimus. Heres institutus erat ex rebus Transisulanis, unus; alter ex reliquis bonis. Hoc ante testatorem mortuo, priori totam hereditatem accrevisse judicatum est. Non obstat, inquam, *argum. d. l. 33.* ut demonstratum est. Nec obstat, quod heres ex re certa habens coheredem simplicem, pro legatario habeatur, *l. 13. C. de hered. instit.* legatarius autem jus accrescendi in hereditate habere nequeat. Hæc enim ratio faceret, ne heres ex re certa, licet ejus rei capax, jus accrescendi habe-

 ret,

ret, quod secus tamen esse receptum, *superius* probatum est. Dicendum igitur: Quod heres ex re certa pro legatario habetur, id intelligendum esse, quando coheres acquirit hereditatem. Tertia oppositio est ex *l. 35. §. 1. de Hered. instit.* ubi sic est traditum; Herede ex re certa instituto, si forte tantum sit æs alienum, ut nihil superesse possit, institutionem ex re certa factam nullius esse momenti. Multo magis igitur, si heres scriptus capere non possit illam rem certam. Responsio est, verba *d. l. 35. §. 1.* similiter de eventu esse accipienda. Heredis institutio, rebus licet adjectis, in se potentiaque sua est universalis, restrictio ad res certas, venit ex officio judicis; quo nihil opus, si quando coheres non concurrat: Sed tunc universalis titulus in vacuam hereditatem incidens, occupat universam. Idque volunt Dd. quando heredem ex re certa, mediæ dicunt esse mixtæque naturæ inter heredem & legatarium, ac inter modus ei sit applicandus, id *in suspenso* haberi, ut Bartol. ad *d. l. 35. num. 1.* item Salicetus, *ibid. n. 2.* Castrens. *n. 2.* Jason. *col. 5. in fin. & col. 6.* Ang. Aret. in *§. 6. Sed si quis. Inst. Quib. mod. test. infirm.* Bachov. *vol. 2. disp. 12. th. 1. lit. A. vers. Alterum membrum.* Quare cum heredis institutio, sicut est universalis, convenit heredi scripto, is ipso jure est heres & manet heres, si deficiente coherede, bonorum universitas ipsi pateat; quia tum judicis officium ad rei certæ adsignationem non pertingit. Unde liquet, hac parte non esse distinguendum, utrum coheres vivo testatore, vel post mortem ejus deficiat, secus ac quibusdam videri, scribit & ipse disputat Bachovius in *loco citato.*

Denique, institutionem ex re certa, vi potentiaque sua universalem esse, clare patet, quando diversi heredes ex rebus certis sunt scripti, nullus simpliciter aut ex parte assis. Tunc enim etsi res una valeat dodrantem, & altera quadrantem bonorum, singuli tamen sunt heredes ex partibus assis æquales & respectu rerum pro legatariis habentur, ideoque & onus æris alieni æqualiter ferunt, *l. 35. pr. §. 1. & seqq. de Hered. Instit.* Sand. *4. 9. 3.* Proinde sunt heredes ambo universales, etsi judicis officio non adipiscantur plus, quam singulis relictum est. Idem inde ab initio juris est, quando unus ex re, alter simplex est heres; sed tunc utroque concurrente, qui rem certam habet, in eventu nihil aliud consequitur, quam istam rem certam, reliquis bonis penes heredem simplicem aut ex parte assis manentibus. Et tamen qualitas universalis ejus, qui ex re certa scriptus est, elucet in onere æris alieni, quod æqualiter cum herede simplici fert; usque dum Re forsitan absorpta, vis institutionis in nihilum resolvatur, *d. §. 1. l. 1. C. si cert. pet.* Sand. *d. loco.* Christinæ. *vol. 3. decis. 20. & vol. 4. decis. 4. n. 6.* Robert. *4. rer. judic. C. 13.*

Postremo sciendum, jus Accrescendi locum etiam habere in casu Præscriptionis, si alter coheredum tempore sit exclusus, veluti quinquennio in casu Querelæ inofficiosi, *l. 23. in fin. de Quer. inoff.* anno vel breviori spatio in bonorum possessione, *l. 3. in fin. & l. 4. de Bon. poss.* junct. *l. 1. §. 12. & seqq. de Success. Ed.* In aditione hereditatis ordinaria, non potest aliter quam triginta annorum præscriptione, usu venire, quod rarius accidit. Accidit tamen, & vidimus exemplum alibi quoque relatum, quorundam, qui post triginta tres annos hereditatis sibi delatæ certiores erant facti. Unus ex illis præscriptione exclusus erat; alter quod pars annorum 33. ipsi in pupillari ætate constituto non cessisset, admissus erat. Adjudicata est ei dimidia pars hereditatis, quia nec plus dimidia petierat: de jure accrescendi, quod hoc casu perspicue obtinebat, non cogitaverant. Ita fieri posse videmus, ut hereditas pro parte acquiratur, non jure, sed facto, vid. *ad tit. de Minor. n. 8. pag. 687.*

De modis amittendi hereditatem, egimus ad *d. tit. inst. de Hered. qual. & diff.* Quibus non pauca e superioribus addenda colligi possunt; Præter quæ nihil habemus singulare. Adde Wissenbachium *th. 16. & seqq. h. t.*

Tit. III.

Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, & describantur.

I. Tempus aperiendi testamenti. II. Modus. III. Quomodo clausum & obsignatum fuerit olim testamentum. IV. Ratio inspiciendi & describendi testam. V. *Usus hodiernus.*

Acquisitio hereditatis ab intestato delatæ, recta via potest fieri. Testamentum si extet, hoc prius aperiendum est, quod fieri moris erat a die tertio ad quintum a morte testatoris, vel ex quo

quo heres absens redierat, inter horam diei secundam & decimam, ut scribit Paulus in *lib. 4. sent. tit. 6. Moribus* hodiernis convenientius est, quod habetur in *Auth. Sed neque. C. de sepulchr. viol.* ante exequias, adeoque ante nonum diem, nullam heredi molestiam esse creandam, adeoque nec cogi illum posse ad aperiendum testamentum.

2. Modus aperiendi erat, ut Prætor rogatus cogeret signatores convenire & sigilla sua recognoscere, quorum ubi major pars convenisset, fiebat resignatio, & recitatio, *l. 4. & l. 6. h. t.* ad absentes tabulæ mittebantur, ut agnoscerent, ne suo incommodo ad locum hereditatis jacentis se conferre cogerentur, officiumque suum illis esset dammosum, *l. 7.* Quin & si plerique, vel omnes abessent signatores, Prætor aut Proconsul ad aperiendum procedere poterat, adhibitis optimæ opinionis viris, coram quibus fieret descriptum & recognitum instrumentum, ut deinceps ad signatores absentes tabulæ mitterentur, siquidem extarent; mortem enim eorum valori testamenti non præjudicare, verius est, per *d. l. 7. & l. 2. h. t.* Vigl. *ad §. 6. I. de Testam. Ordin.*

3. Diximus antehac, tempore Claudii, primum fuisse institutum, *ne tabulæ nisi pertusa, ac ter lino per foramina trajecto obsignarentur*, ut refert Suetonius *in vita Claudii Neronis cap. 17. in f.* Idem addit, tum *esse cautum, ut in testamentis primæ duæ ceræ, testatorum modo nomine inscripto, vacuæ signaturis ostenderentur, ac ne quis alieni testamenti scriptor, legatum sibi adscriberet.* Hoc quidem a Claudio, non Nerone, sed ejus Patre constitutum est, *l. 15. in pr. ad L. Corn. de Fals. l. 3. C. de His, qui sibi adscrib.* Unde reliqua ab eodem esse, erratumque a Suetonio, conjicit Torrentius *ad locum prædictum.* Ex his liquet, Prætorem linum illud triplex in aperiendo incidisse, quo inciso legi & describi poterat testamentum, salvis signis, ut deinde rursus obsignatum ad testes, qui signa sua recognoscerent, mitteretur, *l. 1. §. pen. de B. P. sec. tab. d. l. 7. h. t. l. 2. C. h. t.* Sed quod in ipso testamento duæ priores ceræ dicuntur vacuæ signaturis fuisse; non ad ceras, quibus illud triplex linum erat obsignatum, referri debet, etsi Justinianus linum & ceram conjungat in *§. 3. de Pupill. subst.* verum ad tabulas ceratas, in quibus veteres scribebant, & in quibus ipsum testamentum constabat. In prima cera primi heredes scribebantur, ut in illo Horatii *2. Sat. 4.*

Quid prima secundo
Cera velit versu, solus multisve coheres.

In secunda cera substituti heredes suum habebant locum: proinde testator in prima cera nomen suum ponebat primo versu, secundo & sequentibus versiculis nomina heredum: In secunda cera similiter nomen suum primo versu, dein substitutos heredes. Sed Claudius jussit ad falsa prævenienda, ut Testator, antequam testes signarent, suum nomen duntaxat in utraque cera sive tabula pingeret, nihil præterea, vacuasque obsignaturis testibus ostenderet (ne quis *vacuas signaturis*, id est ipsis *signis*, apud Suetonium accipiat) sequentes ceras sive tabulas ceratas, implebat legatis, aliisque voluntatibus suis: post omnia testes subscribebant, nam sine subscriptione signa nihil valebant, *l. 22. §. 4. Qui testam. fac.* Postquam testes subscripserant, idque priusquam heredum nomina collocata forent, Testator ipsemet, aut is cui fiderit, heredum nomina tam primorum quam substitutorum, in primam secundamque ceram conferebat, antequam tamen clauderetur testamentum, & signis testium firmaretur, ne quis putet, liberum fuisse Testatori quovis tempore nomina heredum supplere; id enim *unitati contextus*, quæ in Testamentis subtilissime requiritur, adversum foret.

4. Quando igitur Prætor ad aperiendum procedebat, primo inspicienda erant lina, quibus erant perforatæ & circumligatæ tabulæ, satin' essent integra. Si non; inquirendum erat, essetne linum vetustate situve putrefactum, vel a muribus rosum, aliove casu ruptum; vel ab ipso Testatore incisum. Hoc enim casu Tabulæ pro non signatis habebantur, prioribus causis peti quidem poterat hereditas, sed non possessio *provisionalis*, quam vocant, ex *l. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll.* juncta *l. 1. §. pen. & ult. de B. P. sec. tab.* Integro lino & sigillis, apertura fiebat, ita ut modo diximus ex *l. 7. & sequ. h. t.* & Paulo *d. lib. 4. tit. 6.* Consequenter inspiciebatur, & describendum dabatur omnibus, quorum intererat, *l. 1. h.* nec admodum exacte, quatenus interfit, inquiritur, modo, si opus, de calumnia juretur, *l. 3. C. h. t.* In describendo celabatur olim dies & consul, ne quis falsum imitamento fabricari posset, *l. 2. §. 6. h. l. 3. C. eod.*

5. Ex his intelligi potest, quam solliciti Veteres fuerint in evitandis falsitatum occasionibus: quæ pleraque hodiernis moribus negliguntur. Nam primo totum testamentum scribitur, ante-

quam

quam testes subscribant, etsi illis non prælegatur. Signacula non solent addi. Nullo lino perforatur, ne quidem circumligatur ut plurimum, quo cera sigillisque muniatur; etsi hoc modo fieri posse nihil vetat & fiat a sollicitioribus aliquando. Hinc etiam, moribus hodiernis, nulla fit apertura testamenti, quando quidem non est clausum & obsignatum; nec si quando tale reperiatur, opus est adhibitis Magistratibus; sufficit coram testibus fieri; atque ut plurimum ea res elato funere inter amicos administratur. Etsi possunt aut heredes aut hi quorum interest, si quid dubii subsit, aut majoris securitatis ergo, testes ad judicem curare vocandos, ut ibi manus suas agnoscant reique gestæ seriem exponant. Sed fit raro apud nos. Tu vide Carpzovium *part. 3. C. 5. D. 24. & 25. Mev. part. 3. def. 405.* Describendi copiam petere possunt, & quotidie petunt hi quorum interest, eadem publici instrumenti libertate, quæ legibus est prodita; Sed cautio celandi annum & diem, non adhibetur: Segnioribus, ut videtur, hominum in hac frigidiori parte mundi, ingeniis ad gubernandas falsi subtilitates, quam olim fuerint in Italia: Etsi cupiditas forte hereditatum non est minor, ut superioribus annis in Galliis, per aquas pulveresque successionum, quas vocabant, notabiliter compertum est.

TIT. IV.

Si quis omissa Causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.

I. Sententia & usus tituli. II. Casus, quibus cessat hac actio.

Argumentum *hujus tit.* continetur in hac historia facti, quod usu venit; Paterfamilias unicam habens sororem, cum qua maritoque ejus non bene ei conveniebat, heredem equidem illam instituit; sed pauperibus aliisque tot ac tanta legata reliquit, ut vix Falcidia sorori super esset. Hæc cum heres æque scilicet ab intestato esset, omisso testamento, hereditatem adiit ab intestato, negans legatorum solutionem e testamento. Sed *argumento* hujus Rubricæ coacta est satisfacere legatariis: Nam Prætor voluntates defunctorum tuetur, & eorum calliditati occurrit, qui omissa causa testamenti, ab intestato hereditatem partemve ejus possident, ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex defuncti judicio debetur, *l. 1. pr. h. t.* Idem est, si quis per fraudem omiserit hereditatem, ut ad legitimum perveniret, *§. 13.* Quod si pecuniam acceperit, etiam in solidum tenetur, etsi cum alio heres sit scriptus, *l. 10. pr. h. t.* Alioqui non oritur inde pœnale judicium, nec adeo Falcidiæ beneficio privatur heres ex hac causa, *l. 10. §. 1.* Quod etsi nullus dolus, sed nimia [illegible] scriptum heredem impulerit, ut omitteret hereditatem, quo illa substituto, vel heredi leg[illegible] cederet, utilis actio danda est adversus possessorem hereditatis, *l. 4. in. pr. & §. 1. h. t.*

2. Sunt casus, quibus actio ex hac parte Edicti cessat, iique tres potissimum. I. Si testator heredi alternationem, adeundi e testamento vel ab intestato, permiserit, *l. 6. §. 1.* II. Si quis omissa causa testamenti, pro emptore, vel pro dote, vel pro donato, sive alio quolibet titulo singulari, possideat hereditatem, *l. ult. h. t.* Tunc enim venditor, vel donator vel dotis dator, quem heredem fuisse oportet, conveniendus est. Nam si falso ejusmodi titulos præ se ferat, cum ipsemet heres sit, veritati non præjudicari, quo voluntas defuncti circumveniatur, satis est manifestum.

TIT. V.

De Sctо Silaniano & Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.

Domino morte violenta, non clam, sublato, heres primo omnium, quæstionem de servis habere debet, adeo ut fiscus tanquam indigno auferat hereditatem, si quæstione neglecta hereditatem adierit, vel tabulas aperuerit, *l. 1. §. 17. & 21. l. 5. §. 1. junct. l. ult. h. t.*

Atque

Atque hæc fuit ſententia SCti Silaniani. Claudianum ſententiam Silaniani confirmavit, & inſuper juſſit, viro occciſo, de uxoris ſervis, & uxore necata, de mariti ſervis æque haberi, ac de propriis perſonæ occiſæ ſervis, quæſtionem, *d. l. 1. §. ſi vir.* Paul. *3. ſentent. tit. 5. §. Neroniano.*

Acceſſit edictum Prætoris *in l. 25. §. ult. h. t.* quo cavetur, ne ſciens quis teſtamentum dolo malo, aperiendum, recitandum, deſcribendum curet, priusquam de ſervis quæſtio habita fuerit: & ut is, qui adverſus ea fecerit, teneatur actione populari in centum aureos: cujus ſummæ dimidia pars accuſatori conceditur, altera dimidia confiſcatur, *d. l. 25. §. ult. h.* Adde *l. 14 l. 22. & l. ult. h. t.*

Cæterum, nullis hodie ſervis, etiam his Senatus-Conſultis otium eſſe factum res ipſa loquitur: An, ſi per extraneos, cæde facta, heres hodieque non teneatur ad ſimile officium, videbimus ad *tit. de His, quæ ut indign.*

Tit. VI.

Si quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit.

I. Effectus prohibitionis, ne Teſtamentum fiat, Confiſcatio. II. In caſu coacti Teſtatoris ad teſtandum, hereditatem non redigi in Fiſcum, nec eſſe locum hoc caſu Edicto Quod metus C.

Bimembris hæc eſt Rubrica; prima pars agit de prohibitione ac impedimento Teſtatori injecto, ne vel faceret, vel mutaret Teſtamentum. Altera de coactione, per quam is, qui teſtari nolebat, compulſus eſt ad teſtandum, aut aliter quam vellet, teſtandum. Priore caſu, qui captat hereditatem legitimam, vel ex teſtamento, privatur actionibus hereditariis, & Fiſco hereditas defertur, *l. 1. in pr. h. t.* In quo commiſſo factum alterius alteri non nocet, qui ſcilicet ab inteſtato, vel priore teſtamento rite facto, jus ſuccedendi habebat; confiſcatio enim eſt pœna, quæ non niſi noxiis infligitur. Excipitur, ſi Pater vim fecit in utilitatem liberorum, *l. 1. §. 1.* ſed fratris unius factum, alteri fratri ſororique non nocet, *l. 2. §. 1.* Ne legatarii quidem violentia nocet fideicommiſſario, cui id ipſum legatum reſtitui debet, *d. l. 1. §. 1.* Cum vi comparatur hac parte dolus in *l. 2. pr. h. t.* quo pertinent mendacia & calumniæ, non blanditiæ, *l. ult. h. t.* niſi quod preces importunæ, inſtantes, adſiduæ, inprimis ſi adſit pondus reverentiæ, quam proxime ad metum accedere videntur, Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 11.* Wiſſenb. ad *h. t. th. 11.*

2. De ſecunda parte Rubricæ, nihil eſt in nigro; ſed in *l. 1. C. h. t.* ita eſt ſcriptum. *Civili diſceptationi crimen adjungitur, ſi Teſtator non ſua ſponte teſtamentum fecit, ſed compulſus ab eo, qui heres eſt inſtitutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, ſcripſit heredes.* Non eſt dubium, quin hoc caſu ſcripti heredes, non fiant heredes, quia teſtatoris voluntate deſtituuntur, *l. 9. de Hered. inſt.* Sed de hereditate quid fiat, merito quæras, utrum ea tum Fiſco deferatur, an ad heredes ab inteſtato pertineat; Fiſco eam deferri, communiter tradunt, ac ita D. Wiſſenb. *d. th. 11.* adducta *l. 1. C. h. t.* quæ nihil ejusmodi, ut verba *ſuperius* ſita demonſtrant, continet. Sed ratio vult omnino, hereditatem eo caſu manere penes heredem legitimum, vel priore teſtamento jure ſcriptum: quia poſterius teſtamentum per *crimen* eſt compoſitum, cujus pœna non debet eum, qui nihil deliquit, affligere; ut faceret, ſi hereditas ipſi adimeretur; nec Fiſcus alieni criminis pœnam in alterius damni occaſionem arripere debet. His accedit, quod teſtamentum vi metuque expreſſum, ſit ipſo jure nullum; Etenim Edictum quod metus cauſa, ad ultimas voluntates ſpectare non videtur, *arg. l. 1. quod met. cauſ.* junct. *l. 20. de V. S.* unde ſequitur, teſtamentum vi factum, non reſcindi, ſed eſſe ipſo jure nullum, per *l. 5. C. de LL.* add. *l. 20. §. ult. Qui teſt. fac. poſſ.* ubi coactio teſtium infert nullitatem, multo magis coactio teſtatoris. Quod ſi tale teſtamentum ſit ipſo jure nullum, ut pro non facto habeatur, heredi, legitimo vel antea rite ſcripto, per illud nihil decedere poteſt. Ita & recte Thomaſius ad *poſit. 1. h. tit.*

N. ADDIT.

Correxit hic Autor opinionem ſuam in poſitionibus defenſam, ſecundum monita Scholii noſtri. Ergo ut clarius id evadat & poſitiones ejus & ſcholium noſtrum erit apponendum.

Poſit. 1. Aufert etiam fiſcus hereditatem ei, qui defunctum teſtari coegit,(a) vel prohibuit, l. 1. D. & C. h. t. *& locum habet, etiam ſi quis in gratiam alterius coegerit,* d. l. 1. C. h. *niſi is, qui ſcriptus eſt, ab inteſtato jus habeat, vel priori teſtamento jure ſit ſcriptus & fraudis ignarus: huic enim factum alienum non nocet, ut quidem videtur* l. 2. §. 1. h.

(a) Vix

(a) Vix cohærent cum hac Autoris assertione generali, ea, quæ habet *posit. 3.* Si enim testamentum, in quo testator vi metuque ad testandum coactus fuit, est ipso jure nullum, sane fiscus non potest hereditatem auferre in pœnam. Nam heredes ab intestato nihil deliquerunt. Is vero, qui ita scriptus est, ex testamento nullo nihil consequitur, quod ipsi auferri queat. Ergo potius distingue: Vel testator testari prohibetur, vel cogitur. Si prohibetur, tum vel ab herede legitimo, aut in priori testamento scripto, & tum hujus portionem aufert fiscus, *l. 1. pr. h. l. 9. de hered. instit.* reliquis vero coheredibus id non nocet, *l. 2. §. 1. hic.* vel a tertio, & tum iterum non nocet prioribus heredibus, *l. 1. §. f. l. 2. §. 1. l. f. §. 1. hic.* Si cogitur, tum testamentum istud est ipso jure nullum, sive cogentem instituerit in eo testator, sive extraneum, & hereditas manet legitimis, aut in priore testamento scriptis, nam edictum quod metus causa. tum locum non habet. *Vid. Schütz. in comp. h. t. p. 397.* Usum modernum pete ex Carpz. *Part. 3. const. 5. d. 7.--16.*

2. *Accedit ratio, quia confiscatio est pœna, quæ non nisi contra nocentem habet locum, alioqui cum vi comparatur dolus,* d. l. 2. pr. *quo pertinent mendacia & fugillationes, quibus testator seductus est, non blanditia,* L. ult. h. t. *nisi quod preces importunæ, instantes, adsiduæ proxime ad vim accedere videntur, maxime si reverentia illis juncta sit. Sand.* l 4. tit. 2. def. 11.

His ita constitutis, nihil est in hujus tituli argumento, quod æquitas morum hodieque aversetur; Nisi quod jus Fisci multis locis hac parte sit abrogatum; qua de re videbimus ad *loc. com. Quibus ut indign.*

TIT. VII.

De Jure Codicillorum.

I. Remissio. Discrimen inter codicillos & testamenta, multis locis obsoletum. II. Usum locorum, quæ jure civili utuntur, quoad hoc discrimen valde esse coarctatum. III. Discrimen inter populos, qui jure civili utuntur, & cæteros, quod ad clausulam codicillarem.

HUjus tituli materiam paratitlarem, exhausimus ad Instit. *tit. ultimo libri secundi*, quo perinde, si quæ remissiones *supra* ad hunc locum factæ sint, remittimus Lectorem, quemadmodum & de celebri clausula Codicillari, quod satis est, illic actum videtur. Præsertim, quia Scriptores hujus seculi magno consensu nullam esse differentiam inter codicillos & Testamenta, tradunt, relati a Grœnewegio ad *tit. Inst. de Codicil.* & D. Voetio *ibid. art. de Moribus*; qui etiam inde colligit, nullam amplius esse necessitatem clausulæ codicillaris, etsi a Tabellionibus more potius, quam juris ergo subjici soleat. Cum enim Testamentum nihil amplius ordinationis quam codicillus desideret, manifestum est, illa clausula non esse opus, ut testamentum jure codicilli valeat. Hinc etiam codicillis *hereditatem directe dari & adimi, adeoque & exheredita tem scribi, moribus nostris nihil vetat*, ait ex Barone Groenewegius ad *§. ult. d. tit. Inst.*

2. Noster usus, aliorumque populorum, qui pro norma jus civile habent, atque adhuc in testamento septem, in codicillo quinque testes requirunt, ab hac confusione alienissimus esse deberet. Videndum tamen, ne parum absit, quin & invita jurisprudentia eodem redacti simus; postquam placuit & sæpe judicatum est, testamentum non habens heredis institutionem, si tamen habeat requisita codicilli, pro codicillo esse habendum; etsi clausula codicillari careat, quemadmodum demonstravimus *ad tit. de Hered. inst. a pr.* Nam quid opus clausula codicillari, si testamentum quantum est ipsum, pro codicillo haberi possit? Tu dices; Etsi testamentum sine heredis institutione, & sine clausula codicillari, valeat jure codicilli: non ideo testamentum cum heredis institutione coram quinque testibus factum pari jure codicilli valebit, si clausula codicillaris, absit. Imo nulla est ratio negandi hanc consequentiam: quia numerus quinque testium, non minus arguit animum codicilli faciendi, quam omissio heredis institutionis eundem arguit.

3. Plane igitur sic statuendum est, Testamentum imperfectum ex nostro adeoque generali usu vim habere codicilli, utcunque nulla in hanc rem clausula sit adjecta. Sed hoc interest. In locis, ubi forma testamenti & codicilli promiscue exercentur, heredis institutio, substitutio & exheredatio, denique Legata sola sine heredis institutione, simpliciter & directe valent, etsi forma

ma non sit testamentaria civilis. In reliquis locis, ubi forma testamenti Romana servatur etiamnum, isti articuli, quos recensuimus, in scriptura non habente septem testes aliaque solennia, directe non valent; sed heres legitimus, aut testamento ante rite scriptus, relicta implere debet, retenta pro se Trebellii Quarta, secundum ea, quæ ad *Inst. h. t.* demonstrata sunt. Qualis detractio Trebellianicæ apud eos, qui talia directe in scriptura habente subscriptionem Notarii duorumque testium valere volunt, non habet facultatem. Nam fideicommissi illius ratio hæc est: Codicillus habens directam heredis institutionem, substitutionem, exheredationem, hactenus ipso & summo jure nullus est. Sed quia Testator animum duntaxat suum, quid fieri vellet, qualicunque modo significavit, ita colligitur, *Testatorem voluisse rogatum heredem legitimum, aut testamento prius institutum, ut quæ codicillo vitiose scripta sunt, implere velit.* Hujusmodi tacita rogatione nihil opus est illis, qui talia directe in scriptura non habente septem testes, fieri posse statuunt; nec habet tunc omnino illa rogatio terminos habiles. Aliud est in præteritione, cæterisque vitiis, quæ in testamento commissa, per clausulam codicillarem eandemque fideicommissi methodum sanari volunt Dd. Cum enim talia nec in Testamento nec in codicillo directe subsistant, sed omnis ultima voluntas illis vitiis summo jure nulla reddatur, non potest voluntas Testatoris effectum habere, nisi hoc modo; Ut heres legitimus, vel antea recte scriptus, censeatur rogatus, ut his, qui testamento codicillove male sunt vocati, restituat hereditatem, quod tum facultatem detrahendi Quartam supponere, manifestum est.

LIB. XXX. De Legatis I.
LIB. XXXI. De Legatis II.
LIB. XXXII. De Legatis III.

I. Argumentum, materia, & remissio ad Inst. II. Ad definitionem Legati observatiuncula. III. Differentia legati & fideicommissi. IV. De re aliena legata, & quam rarus ejus usus. V. An si legatarius alienæ rei, emerit illam sciens, æstimationem petere possit. VI. Quid si res sub conditione legata fuerit. VII. Recte mihi legari rem a me emptam non solutam, vel saltem non traditam. VIII. Quid si legata sit res, Testatori cum alio communis. IX. Quid si legatur res a testatore & legatario pariter empta. X. Alia species eo pertinens tractatur & exemplo rei judicatæ illustratur. XI. De personis incertis, quibus legetur. XII. Jus Accrescendi valere in quantitate legata. XIII. Expositio legis 74. de C. & Dem.

SEquitur ingens tractatus de legatis, in plures articulos sectus, quorum tres totidem libris, cæteri quatuor sequentibus absolvuntur. Tres libri, quos nunc aggredimur, agunt de rebus, de personis & de modo legandi, quæ tria membra copiose ad Institutiones executi, heic more nostro singularia sectabimur, ad usum maxime pertinentia. Nam difficultates ad textus intricatioresque antinomias, quales heic minime desunt, si non incidant in expositionem fundamentorum juris, ut a paratitlari institutione aliena, modumque excedentia nostrum, prætervehemur. Habent apud Wissenbachium aliosque, nostri auditores, quibus exerceantur, idque agimus in Exercitationibus disputatoriis.

2. Ad definitionem Legati, quod sit *Donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda,* sic notant, qui mores cum jure Rom. conferunt: *Usu fori legata non semper ab herede præstanda, sicuti nec jure Romano novissimo, quia etiam debentur deserto testamento, vel ab executore testamento nominato, nullo scripto herede, præstantur.* P. Voet. *ad Inst. a pr.* ex Alexand. *2. consil. 2.* Cuik. *ad Cravett. consil. 324.*

Quod ad jus novissimum attinet, possunt equidem legata relinqui, etiam ut a legatariis præstentur, postquam legata cum fideicommissis, quorum id olim erat proprium, *pr. l. de sing. reb. per fideic.* sunt adæquata, *l. 2. C. Comm. de legat. & fideic.* sed definitiones sumuntur ex eo, quod plerumque fit, legata legatariorum rariora sunt; præter quod sine dubio concedendum est, hanc definitionem juri antiquiori esse convenientem, ut apparet e collatione *d. pr. de Singul. reb. per. fideic.*

Quod autem ille de moribus Gentium scribit, legata quoque deberi, testamento deserto, nequa-

quaquam ubique juris, utique nec apud nos est. Stamus heic, ut alias semper, dictamine juris Civilis, quod ita tradit: *Si nemo subiit hereditatem, solvi omnem vim testamenti*, certis duntaxat casibus exceptis, quos refert Sandius *lib. 4. tit. 4. def. 10.* Nationes aliæ magis sequuntur æquitatem Canonicam, cujus etiam ex Vivio *decis. 419. n. 3.* meminit Sand. *d. def. 10. in pr.*

Verum est tamen, fieri posse, ut *nullo herede scripto*, legata nihilominus debeantur. Nam legata jure novo relinqui possunt etiam in codicillo; quod olim non nisi de fideicommissis erat receptum, *§. 10. Inst. de fideicommiss. heredit.* & quicquid in fideicommissis specialibus obtinet, hodie quoque de Legatis affirmatur, *d. l. 2. C. Comm. de leg.* Jam vero testamenta, licet heredis institutione careant, tamen habentur pro codicillis, etsi Clausula codicillaris non sit adjecta, sicut habuimus *in tit. de Hered. instit.* proinde legata in testamento sine herede relicta, tanquam e codicillo, ex usu fori nostri adhuc peti poterunt.

Sandius *in d. def. 10.* numerat inter casus, quibus legata, destituto testamento, peti possunt, hunc; quando clausula codicillaris in testamento adscripta est, quia tum legata tanquam fideicommissa peti possunt a venientibus ab intestato. Sed res loquitur, etsi clausula sit omissa, nihilominus legata peti posse, per ea, quæ Sandius ipse tradit in *lib. 4. tit. 1. def. 12.* & nos ad *tit. praeced.*

Ex eodem, inquam, fundamento sequitur, etsi testamentum inde ab initio non habeat heredis institutionem, neque adeo clausulam codicillarem, legata nihilominus a legitimis heredibus esse præstanda.

Quæ res iterum argumento est, quam sit inimica jurisprudentiæ, opinio illa pragmaticorum; quod testamentum sine heredis institutione clausulaque codicillari, valeat ut codicillus; & quam late pateat strages, quæ per hanc positionem in sententias & capita juris civilis infertur.

Dictum est alias, legata & fideicommissa per omnia esse adæquata, *l. 2. C. Comm. de legatis & fid. l. 1. h. t.* quod ad effectus videlicet; at res & termini adhuc sunt distincti. Nam I. diversas habent definitiones, & etymologias. Legatum dicitur, quia legis modo, id est, imperative relinquitur: fideicommissum, quia fidei & pudori committitur ejus, qui præstare rogatur, *pr. & §. ult. Inst. de fideic. hered.*

II. Appellatione Legati sæpe significatur fideicommissum: fideicommissi vero appellatione nunquam significatur legatum. Cujac. *4. observ. cap. 23.*

III. Omne legatum est particulare, fideicommissum vero partim est universale, partim speciale seu particulare.

IV. Fideicommissi proprium est, non legati, ut qui præsens a testatore rogatus est, omnimodo fideicommissum solvere cogatur, etiamsi nullus testis adfuerit, nisi juret, se non fuisse a testatore rogatum, *§. ult. Inst. de fideic. hered.*

3. Hæc ad præcognita. Transeamus ad RES.* Valere legatum Rei alienæ, constat, neque Moribus id abrogatum videtur; Etsi raro admodum accidat, ut sciens aliquis rem non suam alii leget. Quoties autem accidit, ut hujusmodi species in judicio tractarentur, fere ita memini observatum, Testatorem in opinionis errore fuisse versatum. Notabiliter in causa, quæ magnis animis superioribus annis agitata est, inter partes prænobiles. Juliana ab Oostheim, vidua D. B. de Verwou, legaverat domum amplam Franeckeræ sitam cum fundis ad eam pertinentibus, quæ fuerat mariti sui, & quam is jam pridem alii legaverat. Vir Nobilissimus Hero ab Ockinga, heres mediate Testatoris & Testatricis, conveniebatur ab uno ad domum ipsam, ab altero ad æstimationem præstandam. Sed compertum est, Julianam in ea fuisse sententia, maritum sibi jus legandi de suis quoque bonis fuisse impertitum. Qua de re melius edocta suum quidem legatum revocavit per codicillum; etsi de verbis ejus ambigebatur; Sed non est dubium, quin in casu dubio facienda sit interpretatio pro herede, ne bis eandem rem præstare cogatur, facilisque præsumptio incedit, testatorem vel testatricem non fuisse mentis ejus, ut rem nec suam, nec heredis sui, maximeque alii

* Inter res legari prohibitas, est nostro jure Gerada, de ea enim in proximæ cognatæ præjudicium, ultima voluntate disponere non permittit *P. 2. C. El. 14.* Interim hujusmodi legatum non plane inane est, sed legatarius æstimationem ejus petere posse videtur, *a. §. 4. I. d. legat. l. 39. §. 7. ff. d. leg. I.* ceu *resp. Fac. Jur. Lips. Mens. Jan. A. 1700.* Conf. Carpz. *P. 2. C. El. 24. def. 2.* Diss. Schilter. *ad ff. ex. 39. §. 27.* Consent. *resp. Fac. Jur. Lips. Mart. 1619.* ap. Strauch. *Exerc. Just. X. th. 3.* add. Dn. Thomas. *in annot. ad d. th. 3. verb. æstimationem præstandam. p. 217.* qui inter Geradam testatricis propriam & alienam legatam distinguit, ac priori casu legatum valere negat, posteriore concedit.

lega-

legatam, rursus legatam vellet. Atque ita bis a Curia per revisionem quoque judicatum est.

4. Fit aliquando, ut Legatarius, cui diserte res aliena legata est, eam rem emat, antequam sibi ut heredi præstetur, *§. 6. Inst. de Legat. l. 34. §. 6. l. 84. §. 5. de Legat. 1.* ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio, proponitur enim Legatarius ab herede ipso emisse rem legatam, & dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio, quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus.

Quamvis autem ibi legatarius, *ignorans*, rem sibi esse legatam, emisse referatur, tamen in re legata & postmodum empta vivo testatore, nihil interesse videtur, sciat an ignoret Legatarius esse legatam, quia textus in *d. §. 6. & d. l. 34. §. 7.* indiscrete loquuntur; nec ratio ulla aut ex voluntate Testatoris, aut ex facto heredis, quæ scientem mulctet, proferri potest. Testator bene cupiens Legatario, & sciens, quam is rem illam impense diligat, vult gratis ut eam habeat, pretiumque suis ex bonis solvatur. Legatarius non ferens desiderium, & expectationem mortis Testatoris, eam emit, sciens, per emptionem illam, conditionem præstationis, quam Testator heredi injunxit, nihil mutatum iri; pretium enim & jam solvere debet, & solvere debuisset, si non emere occupasset. Atque ita nec defuncti voluntas pervertitur, nec Legatarius quicquam fecit, quo juri suo renunciasse videri possit. Quod autem in *d. l. 84.* legatarius ignorans ponitur, minime obscurum est, quare id ibi fiat; Legatarius enim ab ipso herede emit rem sibi legatam post mortem Testatoris, quod quidem sciens faceret sanus homo nullus. Sic etiam in *§. 6. b.* casus rei alienæ legatæ & emptæ, proponitur ita, *Si vivo Testatore Legatarius dominus factus fuerit.* Non quod a contrario sensu inde colligi liceat, aliud esse juris, si mortuo Testatore idem contigerit, sed tempus vivi *Testatoris* exprimitur, quia raro contingit, ut post mortem ejus, quando testamentum plerumque aperitur, & Legata continuo præstanda sunt, *l. 47. pr. de Leg. 1.* legatarius de emptione cogitet; quanquam usu id venire potest, si vel legatarii quam heredis commoditas, ad emendum major sit, vel testamenti sententia ignoretur.

Accursius, cui Sandius valide adsentitur *lib. 4. tit. 4. defin. penult.* intelligit in specie *d. l. 84. §. 5.* rem sub conditione legatam; quod verba textus ferre non videntur; *si cognito Legato, ex testamento egerit, & servum acceperit.* Primo dicitur, Legatarius ignorasse legatum; dein cognovisse; *cognito* egisse, & accepisse. Ubi nihil ad petitionem & præstationem legati, quam cognitio requiritur, ibi legatum conditionale, quod existente demum conditione petitur, minime intelligi potest; Præter quod omitti non debuisset ejusmodi adjectio, qua tota Legati natura mutaretur. Argumentum Accursii est, si res pure legata fuisset, emptio non valeret, quia rem nostram emere non possumus, res autem pure legata nostri statim dominii est, *l. 64. de Furt.* Respondendum videtur, emptionem non dici valere, id est subsistere & effectum habere; Sed tantum actionem inde nasci, non ut impleatur contractus, sed ut retractetur. Hoc autem in jure proditum est, contractum emptionis in se nullum, aliquando eatenus tenere, ut is, qui per alterum est persuasus requisita validi contractus adesse, actione ex empto id quod sua interest consequi possit, *§. ult. I. de contrab. emp. l. 4. & l. 62. §. 1. eod.* Quo sensu dici potest, in exemplo *d. l. 84.* actionem competere ex empto, nec tamen valere contractum; imo specialiter de emptione rei propriæ constat, etsi contractus est nullus, repetitionem ejus, quod datum est, competere, *l. 16. pr. de Contrab. empt.*

5. Hoc obtento, sequi audebimus, etiam ex theoretica juris ratione, communem Dd. sententiam; quod is, cui sub conditione res legata, vel fideicommisso relicta est, si pendente conditione illam emerit, posteaque conditio exiterit, actione ex testamento pretium repetere possit, sive ab alio, sive ab herede emerit ipso, & quidem seu sciverit, sive ignoraverit rem sibi esse relictam. Idque primo; quoniam emendo nihil fecit, quod eum voluntate defuncti indignum reddere possit, aut quo liberalitati testatoris renunciasse videatur, ut paulo ante latius. Ratio altera; quoniam, qui rem alienam sibi legatam idque sciens emit, pretium tamen ab herede possit petere, ut modo dictum. Quare non æque in re sub conditione legata? Vix alia ratio proferetur, quam quod is, qui sciens emit, legato renunciasse videatur. At hoc falsum esse, docet Pomponius in *l. 45. §. 1. de Leg. 2.* *Nam si sub conditione*, inquit, *vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certam repudiare non possumus*; quibus verbis ratio tertia continetur. Item quod in *d. l. 84.* habetur, si *ignorans* emerit, id nihil obstare, quia non oportet credere, ibi de re sub conditione legata esse actum, ut modo ostendimus. Verumtamen in eo, qui sciens emit rem sub conditione sibi relictam, cessare videntur termini habiles actionis ex

ex empto, tam si ab herede, quam si a tertio emerit. Nam huic nihil omnino objicere potest, cur venditionem velit retractari: Sed neque heredi; quia in pari contrahentium causa neuter adversus alterum agere potest, quoniam actio nascitur ex inæqualitate, *arg. l. 3. Condict. ob turp. caus.* Atque hoc est, quod in *l. 29. de Action. empti.* indicat Julianus; *Cui res sub conditione legata est*, inquit, *si is eam imprudens emerit, actione ex empto poterit consequi pretium*, jam videlicet solutum. Verba *si imprudens*, innuere videntur, hanc esse conditionem, sub qua repetitio datur, qua cessante, repetitionem quoque cessare consentaneum est. Sed non ideo Legatarius ab actione ex testamento, eo quod sciverit, excludetur, quia in hac dispar est ratio. Ex empto agenti recte opponitur; Cujus per errorem facti retractatio est, ejus consulto facti obligatio est, *arg. l. 53. d. R. J.* Frustra ad rescindendum id allegas, quod in contrahendo scisti, clare *in l. 1. §. 1. de Action. emp.* Sed agenti ex Testamento, nihil tale nec aliud quicquam objici potest, ut toties dictum. Dissent. Ant. Faber *5. Conject. c. 16. & lib. 6. Cod. Sab. tit. 25. definit. 15.* Cui egregius Sandius cuperet adstipulari, si per Curiam liceret, *d. lib. 4. tit. 4. def. ult.*

6. Non posse mihi rem meam legari, dictum est. Verum si quis amico legaverit rem ab ipsomet emptam, at nondum traditam neque solutam, dubium non est, quin Legatum valeat; pretiumque & res, actione ex testamento possit peti, vel pretium per illam, res a venditore ex empto; quia certum est, illud Legatum non esse rei propriæ legatarii, sed alienæ; cum sit notissimum, non nisi traditione dominium transferri, & hoc quidem dubio caret; quin idem dicendum, si res jam tradita sit emptori, & propria ipsius facta, sed pretium nondum sit solutum; Legatarius enim id, quod sibi abest, petere ab herede potest, *l. 34. §. 7. de Leg. 1. l. 84. §. 5. eod.* Neque enim in infinitum illud verum est, Legatum rei propriæ inutile esse; si quid enim Legatario ad jus libere ea re gaudendi desit, ejus petendi habet copiam; Hinc si legata mihi sit res propria, quam alii oppignoraveram, heres creditori meo satisfacere cogitur, ut rem libere habeam, *l. 86. pr. eod.* Ratio, quia cum liqueat, Testatorem voluisse erga legatarium esse liberalem, effectum ea liberalitas, quatenus ulla ratione fieri potest, obtinere debet. Ut fiam dominus rei meæ, non potest efficere Testator, sed ut rem meam sine onere habeam, id facile potest, modo id onus mihi tempore testamenti facti incumbat. His consequenter, si legata mihi sit res empta a me atque soluta, sed nondum ullo modo tradita, quia res hæc mea non est, sed aliena, sine dubio dicendum, valere Legatum, & pretium peti posse, quia hic cessat ratio, qua legatum inutile redderetur, ex *§. 10. h. t.* ubi: *quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest.* Vere enim ante traditionem res aliena est, nunquam mea facta, quia modus, per quem unice mea fieri debet, non est perfectus. Quod lex igitur ejusque ratio non evertit, cur id stare prohibetur?

7. Jam si quis rem partim suam, partim alienam, id est absque divisione cum alio communem, simpliciter amico leget, satis expeditum est, tametsi nec qui dissentiant desint, eam ratam deberi. Nam si partem putares, utram detraheres? non propriam Testatoris; nec magis alienam; quippe cum Legatum rei alienæ valeat, si totius, quidni partis? Quod in re plane aliena statuit Imp. *μετὰ πολλῆς σκέψεως*; de eo, in re partim propria, partim aliena, dubitandum non est, cujus rei argum. est in *§. 25. I. de acquir. rer. dom.* nimirum si scrupulus ex eo, quod res aliena erat, sit ortus, ut hic, & *d. §. 25.* Sane si Testator pro *mea* parte dixerit, aut quatenus est *mea*, clara scilicet res est, non deberi plus dimidia. Imo si dixerit, *meam* rem, quæ communis est, sentire intelligitur, quatenus est *mea*, *l. 5. §. ult. de Leg. 1.* Minus dubium est, si rem a se cum alio emptam, sed nondum traditam, simpliciter legarit; tota enim res deberi videtur, quia tota aliena est, nec quicquam adjectum, ex quo de parte locutus intelligatur: at si dixerit, fundum *a me* emptum, æque de sua parte sensisse videtur; atque in re propria vocem *mei* idem inferre, diximus ex *d. l. 5*, ubi Labeo reprehenditur, quod legatum rei communis, adjecta voce *mei*, totum deberi scripserit, non obscure indicato, ita fore, si absit vox *mei*. Quod si dixerit, *Lego tibi fundum, quem ego & Titius emimus*, integer fundus deberi videtur, quia totum legato complexus est, neutrique parti quo minus legari possit, quicquam obstaculo est, idque sive fundus jam sit traditus, sive necdum. Utrumvis eligas, nihil quod ad hanc quæstionem, discriminis reperies: Etenim in illud, quod rei alienæ legatum valeat, omnia resolvuntur; subintellecto semper, si Testator conditionem rei sciverit.

8. Secundum hæc, si Testator legaverit rem a se & legatario pariter emptam, dicendum, caput quæstio-

quæstionis esse distinctionem facti, utrum tempore scripti testamenti traditio perfecta pretiumque sit solutum, an non. Si utrumque fuerit factum, nemo dubitat, quin non plus parte dimidia debeatur, quia pars altera legatarii propria est, cujus nullum est legatum. Si res sit in nudis contractus terminis, & cis conventionem stet, formulam verborum spectari oportet; Si dixerit, *lego tibi fundum Cornelianum a me nuper emptum*, isque pro parte indivisa pariter a legatario sit emptus; dicendum, quod pars dimidia debeatur, quatenus Testator emit, quia hoc inferre verba *a me* emptum, modo ex *d. l. 5.* probavimus. Si dixerit, *fundum Cornelianum* simpliciter, isque sit ab ipso & legatario simul emptus, necdum traditus neque solutus, ratio postulat, ut totum legatario deberi statuamus; partem testatoris, quia nemo de eo disputat, partem ipsius legatarii, quia adhuc est aliena & pretium illi incumbit, a quo Testator liberasse eum videtur, quia totum fundum, gnarus conditionis ejus, legavit, nec quicquam, ex quo de parte sensisse videatur, adjecit. Idem existimamus, quando scriptum est. *Lego tibi fundum, quem nuper tu & ego pariter emimus.* Utraque pars diserte legato comprehenditur, neutri, quo minus jure legetur, quicquam potest opponi. Una debetur ut empta a testatore, pars altera, uti quam legatarius adhuc suam pretio facere debet, cujusmodi legatum liquido valere, *supra* occupatum est.

9. Verum ut hæ voluntatis quæstiones plurimum subtilitatis ac divinationis habent, unaque vocula adjecta vel subducta aliter atque aliter se offerunt, facile potest fieri, ut Testatrix, disponens de bonis propriis, ac jubens *ea, quæ communia cum marito habet, æqualiter inter illum & heredes suos dividi, & æs omne alienum partito ab iis solvi*; si tum ex *bonis communibus unum alterumque fundum leget marito*, non aliter ea quam juxta naturam communionis, legare censeatur, quatenus ipsa jus ad res emptas habebat; ut quidem pretium, quod pars æris alieni est, communiter solvatur, bona omnia communiter dividantur, sed ista legata communioni subducta soli marito cedant. Hoc ex præcepto solvendi pariter æris alieni, & divisionis reliquarum rerum communium, efficaciter colligi potest. Verum, si nihil aliud dixisset, *quam se ex bonis durante matrimonio coemtis, legare marito illos fundos, pro quibus pretium scisset adhuc esse solvendum*; illa verba, *ex bonis*, rationem juris non immutarent; cum nihil in illis quam demonstratio contineatur, cujus generis bona illa sint, & quod Testatrix inter coempta communiter, illa recensuerit. Jam ut illos fundos secundum naturam communionis legatos dicamus, res loquitur necessum esse, ut pro utroque conjuge, testatore atque marito, communiter empti sint. Potest enim fieri, ut conjuges fundum aliquem stante matrimonio emisse dicantur, nec tamen communio fundi empti sit inter eos. Nam pone, maritum jure sanguinis retraxisse fundum, sed uxorem pretii, ut sit, partem repræsentaturam. Hujus fundi nunquam uxor potest habere communionem, neque pretium ejus heredibus pro parte incumbit, vid. Sand. *lib. 2. tit. 5. def. 3. vers. Porro si unus.* Ideo si declaret, se etiam ex bonis stante matrimonio coemptis, legare hunc fundum, dici non potest, eum legasse pro sua parte, quatenus ipse jus ad acquirendum habebat, quia hoc nullum unquam esse poterat: sed ejusmodi res in legato reperitur, quæ empta quidem est stante matrimonio, sed in effectu pro solo marito comparata, ab eoque solo persolvenda est: Unde non aliud juris hic esse potest, quam quod *supra* diximus in legato rei emptæ a legatario, nondum traditæ neque solutæ.

10. Hæc clariora fient exemplo rei judicatæ, de quo mea memoria bis apud Curiam, dein Revisione magna certatum est. Josina ab Aysma, Pi-boni a Doma, Ordin. Frisiæ a Secretis & dein Supr. Curiæ Senatori, marito suo legavit duos fundos, a se cum Viro pariter emptos, sed unus & major ex illis a marito jure sanguinis, utriusque tamen voluntate, retractus fuerat. Eadem Testatrix voluit æs alienum a viro suisque heredibus pariter solvi: atque inter species æris alieni erant binæ pensiones fundorum legatorum. Heredes volebant, ut maritus has pensiones secum æquo jure solveret, sibique soli fundos retineret: Ille sibi legatos adserere & ipsis totam incumbere solutionem, & secundum hanc sententiam vicit in prima instantia, &, si nihil de ære alieno dictum fuisset, obtinere debuisset, per ea, quæ superius dicta sunt. In Revisione prima judicavit Curia, Testatricem jubendo æs alienum partito solvi, idem voluisse videri de pensionibus residuis fundorum legatorum; & marito satis constare beneficium legati, in eo quod pro parte dimidia pretii totum haberet fundum. Quod in Revisione magna, cui ipse ab Ordinibus evocatus intereram, similiter visum; sed accidit tamen ἀπροσδόκητον, ut heredes

des alterius fundi pretium soli solvere juberentur, quia totus erat proprius mariti, utpote per Retractum sanguinis acquisitus; Res autem mea mihi legata, non soluta, me pretii solutione liberat, ut modo probavimus. Nec obstabant verba, solutionem æris alieni communis utrique parti injungentia; cum illud pretium, nihilo magis commune esset utrique, quam fundus ipse communis esse poterat, ut demonstratum est. Hoc ideo lubentius adjeci, quod res parum vulgo percepta, magis pro arbitramento, quam re exacte judicata, tunc & deinceps ab iguaris habita fuit. Accidit anno 1669.

11. De PERSONIS, quibus legari potest, egimus *ad h. t. n. 20.* ubi, quod personis incertis legari non possit; quia certum *debet esse testantis consilium*, & affectus ratio, quæ non potest habere locum in personis incertis. Videtur hæc incertitudo, inanitasque tam vagi affectus in causa fuisse, quare olim collegiis, municipiis, civitatibus neque hereditates neque legata relinqui potuerint, ut Ulpianus testatur *tit. 22. §. 4.* & Plinius Secundus *lib. 5. epist. 7.* quæ tamen sententia nostris legibus inserta non est, sed habemus contrarium in *l. 32. l. 73. §. 1. & l. 117. l. 122. de leg. 1. l. 26. ad SC. Trebell.* Quin & olim legimus, populo Romano non tantum viritim legata esse relicta, sed etiam publice, ut horti a Julio Cæsare in suo testamento, teste Suetonio *cap. 83. in fine*, nec credo Tiberium subtilitate juris se defendisse, cum legata ab Augusto plebi Romanæ relicta, non præstaret, de quo idem Suetonius *cap. 57. Tiberii Scurram,* ait, *qui prætereunte funere, elato mortuo mandarat, ut nunciaret Augusto, nondum reddi legata, quæ plebi reliquisset, attractum ad se, recipere debitum, ducique ad supplicium imperavit & patri suo verum referre.* Id vero per se jam patet, non hic agi de ejusmodi incertitudine, qua testator mentem suam non satis expressit, qualis est species in *l. 62. §. 1. de Hered. instit.* ubi testator plures ejusdem nominis habens amicos, unum simpliciter nominavit, cujusmodi irritum necessario fit legatum, nisi aliunde probari possit, quem testator designare voluerit. Perinde si dixerit, aliquid iis se relinquere, quos in codicillis nominasset, si nulli deinde nominati reperiantur, fieri non potest, quin legatum intercidat, ut ostendit *l. 18. de Usufr. leg.*

12. De jure Accrescendi copiose dictum *ad Inst. n. 22. & seqq.* rursus *ad tit. de usufr. Accresc.* & tertium *ad tit. de Acquir. Hered.* Heic velim addas; In quantitate, velut in summa pecuniæ, verius esse, jus accrescendi perinde ac in corporalibus habere locum, *l. 15. §. 1. de Legat. 1.* modo vere sint conjuncti, nam si in diversas quantitates singuli vocentur, nihilo magis jus accrescendi erit, quam si dictum sit, *Titio & Mævio singulos servos do lego, l. 84. §. pen. d. t. de leg. 1.* Sand. 4. 4. 7. Proinde etiam in fideicommissariis, modo aliqua conjunctionis forma inter se colligati sint, *l. 43. ad SC. Trebell.* Exemplum, ut usus rei conspiciatur, de quo his diebus respondi consultus, adjiciam; *Remigiæ nepti meæ, quingentos florenos do lego; si moriatur sine liberis, hosce quingentos florenos* relinquo *Catharinæ, Johanni, Atiæ & Petro Rombertis, æquis partibus.* Erant verbis conjuncti: Defecerant tres; Respondi, quingentos integros jure accrescendi superstiti deberi, per ea, quæ *ad tit. de Usufr. Accresc.* Multoque frequentius hujus rei usus venit in quantitatibus legatis, quam in fundis aliisve corporibus Legatis.

13. Ad tit. *de Acquir. Hered. n. 7. vers. Quare jam.* diximus, Accrescendi jus non esse negandum heredi ex re certa, licet hic se legatarii instar habere dicatur, multo magis, si heres sit ex Legitima, per ea, quæ diximus *ibid.* Non est idem, quando heres institutus accepit optionem, utrum velit esse heres e Legitima, an certum capere legatum. Nam si legatum elegerit, heredis qualitatem repudiavit, nec ideo potest habere jus Accrescendi, quod usu venit apud Curiam nostram in hac specie: Titia scripserat heredes quatuor liberos, & totidem nepotes ex legitima, nisi mallent accipere tale legatum; Hoc cum elegissent, iidem ad partem unius e quatuor liberis, qui defecerat, admitti contendebant; sed repulsi sunt, quia nihil jam erant amplius quam legatarii. in *causa* Dr. S. H. *cum soc. contr. A. de L. cum soc.* Hæc obiter adjicienda putavi, ne quis putet admittendum, quod D. Voetius *ad §. 8. I. de Legat. n. 3.* aliique monent, jus Accrescendi cessare moribus hodiernis. Contrarium satis constat, ubicunque jus civile non simul est abrogatum.

14. Inter casus deficientis Legatarii, est Repudiatio Legati, jure competentis, & ex voluntate defuncti; qua facultate cessante, nullum est jus Accrescendi, quo pertinet species notabilis Papiniani in *l. 74. de C. & D.* cujus exegesin Thomasius subjecit *positioni nostræ 71. ad Inst. h. t.* ubi a nobis adducta erat, quam illic omissam heic collocabimus. Sic ille; *A Cajo* MULIERI CUI-

DAM

DAM *v. g. Sejæ* ET TITIO, USUSFRUCTUS, *& quidem utrique sub conditione*, SI NON NUPSERIT MULIER, RELICTUS EST. *Conditio hæc, ex parte mulieris nullam habet efficaciam, sed habetur pro non adjecta, propter legem Juliam Miscellam*, (l. 22. junct. l. 64. ff. eod.) *at vero respectu Titii valet*, (l. 1. C. de indict. vid.) SI *igitur* MULIER NUPSERIT, *dimidium quidem ususfructus ad ipsam spectat, vi dictæ legis Juliæ*, QVAMDIU TITIUS ET VIVIT ET IN EODEM STATU ERIT; *Imo etiamsi Titius moriatur & statum mutet*, (*vide Gloss. in* casu d. l. 74.) *tamen Seja* PARTEM USUSFRUCTUS dimidiam HABEBIT, *& neutro casu Titius quicquam accipiet*, (*quamvis id velit Perez.* ad C. de ind. vid. n. 6.) *Sed quæritur, annon & altera pars dimidia, quæ ex voluntate defuncti, si mulier conditioni paruisset, spectasset ad Titium, deficiente jam conditione, Jure accrescendi ad Sejam pertineat? Et respondet Papinianus, negando. Nam jus accrescendi inter eos locum habet, qui ex voluntate defuncti aliquid ex legato accipiunt. Jam autem ex defuncti voluntate in hoc casu nec uxor dimidiam deberet accipere. Quod autem partem accipiat, a lege Julia est, ex qua alteram dimidiam petere nequit*, TANTUM ENIM BENEFICIO LEGIS, EX LEGATO CONCESSUM ESSE MULIERI, INTELLIGENDUM EST, QVANTUM HABERET, *si ipsa* CONDITIONI PARUISSET, *nec nupsisset: Hoc casu vero saltem dimidium haberet, & Titius alterum dimidium. Sed* NEC, SI TITIUS, QVI CONDITIONE DEFECTUS EST, LEGATUM *quoad portionem suam* REPUDIET, EA RES MULIERI PRODERIT, *ut partem repudiatam possit petere. Frustranea quippe & ridicula est repudiatio ejus, quod, etiamsi velim, non possum habere.*

LIB. XXXIII.

TIT. I.

De Annuis & Menstruis Legatis.

I. Annuum quid. II. Multiplex ejus Legatum quo sensu. III. De Præscriptione debiti annui. IV. Annuum Reip. Ecclesiæ relictum. V. Annuum ex certo fundo relictum an totum debeatur. VI. &c.

ANnuum legatum est, cum testator quotannis parem quantitatem legatario vult præstari; a quo diversum est legatum annua, bima, trima die relictum: nam hoc est unum in tres pensiones divisum, *l. 3. pr. h. t.*

2. Sed vere annuum legatum est multiplex; tot enim legata sunt, quot anni, *l. 4. h. t.* adeo, ut singulis annis jus capiendi spectetur, *l. 11. h. t.* licet ante finem anni mortuus sit legatarius, *l. 5. & l. 22. h.* Primi quoque anni legatum est purum & certum, statimque a morte peti potest. Reliqui habent conditionem, si vivat legatarius initio cujusque anni, *d. l. 4* quod secus in stipulatione, *l. 16. §. 1. de V. O.* ubi stipulatio annua dicitur una & perpetua, nec morte finiri. Qua de re diximus *ad Inst. tit. de Verb. obl. n. 3.*

3. Hinc in annuis Legatis præscriptionis tempus ducitur a singulis annis; * adeo ut cum longissimum tempus elapsum est a primo anno, sequentibus tamen non sit præscriptum, per *l. 7. §. 4. 6. & ult. C. de præscr. 30. ann.* junct. *d. l. 4. & l. 12. §. 1. & 3. Quand. dies leg. ced.* In Camera tamen Imperiali placuit, indistincte tot esse præscriptiones, quot sunt anni, tam e contractu quam e testamento, ut testantur Gailius *2. obs. 73. in pr.* & Mynsing. *cent. 3. obs. 13.* etsi non desint, qui dissentiant, Schurff. *cons. cent. 10.* Covarruv. *pract. quæst. tr. de veter. num. c. 7.* qui contrariam communem & veram esse contendunt. Forte nihil erret, qui distinguendum putet, inter promissionem annuæ præstationis, & inter pensiones annuas ex rebus adhuc extantibus; Ut promissio se referat ad tempus factæ promissionis, cui, si totis 30. annis non sit exercita, merito præscriptum videatur. Sed cum res extat, ex qua pensiones debentur, non tam ad tempus contractus, quo pen-

* Et ita pronunciarunt Lipsienses JCti M. Oct. 1712. & responderunt M. Febr. 1703. In Electoratu tamen Saxoniæ *contraria* Sententia approbata est, adeoque XXXI. annis, VI. hebdomadibus, III. diebus, tam obligatio, quam annua præstatio penitus exstinguitur, uti respondere Lipsienses M. Febr. & April. 1701. conf. Ill. Mencken. *Theor. & Prax. Pandectarum p. 964.*

fiones constitutæ sunt, quam identidem & singulis annis ad rem spectamus: ut tum præscriptio ad singulos annos restringatur. Vide quæ dix. *ad tit. Si ager vectig. pet. in fine.* Adde Wissenb. ad *tit. sq. n. 6.*

4. Sed quod Ecclesiæ relictum est, vel etiam Reip. id purum est & perpetuo debetur, *l. 6. & pen. h. t.* ut & illud, quod sacerdoti & custodibus templi relinquitur, quia ecclesiæ datum censetur, *l. 20. §. 1. Hic enim frustra adjiceretur conditio, cujus mentio fit in* posit. 3. *Nam ecclesia & Respublica non moriuntur,* ait Thomas.

5. Annua Quantitas ex certo fundo relinquitur, & quibusdam annis minus ex eo fundo provenit, an tamen annuum, quod relictum est, legatario præstabitur? Non simpliciter, verum si ex præcedentibus aut sequentibus annis quod modo deficit, suppleri potest, id æquum censetur, *l. 17. §. 1. h. t. & l. 13. de Trit. vino ol. leg.* Aliud est, si annua quantitas recta legetur, & solutio ex certo fundo fieri jubeatur; Tunc enim simpliciter annuum debebitur, etsi forte nec suppletio ex eodem fundo confici possit. Atque ita visum Curiæ nostræ in causa *Sybrig Folkers, contra Livium Petri.* Annui triginta erant relicti, jussique præstari ex tali fundo; qui fundus labe temporum minime tantum reddere poterat, ideoque heres plus quam inde redibat, solvere nolebat. Condemnatus est tamen non ad supplendum, sed ad persolvendum quod erat Legatum; Res judicata est *ante ferias O. S. 1679.*

6. Denique & hoc annuum est legatum, si quis puellæ *donec* nubat, vel studioso *donec* Doctor fiat, centum relinquat; nam quotannis centum debebuntur, per *l. 17. pr. h.* Menstrui Legati est eadem ratio, quæ annui. Unde in Rubrica conjunguntur. Pac. *hic.*

TIT. II.

De Usu & Usufructu, Reditu & Habitatione & operis, per Legatum vel fideicommissum datis.

I. An sub usufructu omnium bonorum legato, contineantur fideicommissaria bona heredibus restituenda. II. Ad l. 35. h. t. *III. Differentia Legati usufr. ab Annuo. IV. Reditus ab usufr. discrimen &c.*

QVi scit, quid Usus, quid Ususfructus, & quid sit Legatum, eum scire quid sit Usus aut *Ususfructus Legatus*, facile constet. Atqui de utroque membro distinctis locis actum est; neque nostrum est, actum agere. Sed occurrit heic nova notabilis Quæstio, An sub legato usufructu omnium bonorum, comprehendatur ususfructus rerum, quas Testator ex veteri fideicommisso heredi a se instituto restituere debebat: Nam bona fideicommissaria, quæ tertio restituenda sunt, non contineri sub usufructu generali, facile constat. Verum quæ sunt ipsi heredi restituenda, hæc sub usufructu omnium bonorum, quæ Testator relicturus esset, contineri, disputat Sandius, ac ita judicatum refert in *lib. 4. tit. 4. def. 9.* laudato ut consentiente Johanne del Castillo Soto Majore *tract. de usufr cap. 39. n. 14.* quem ego illic contra sententem reperio; Cum enim retulisset, Menochium ita sentire, quemadmodum Sandius disputat, in contrarium citat Cavalcanum, Parisium, Socinum juniorem, & Manticam *lib. 9. tit. 6 n. 8 in fin. & n. 9. cum seqq.* cujus *rationes & jura me fortiter movent,* inquit, *ut contra Menochium & cæteros ita tenendum existimem*, ut Mantica cum suis consentientibus tenet, *n. 17. in fine.* Plane, si Testator expresse jusserit heredi suo, ut ipsorum quoque bonorum, quæ ipsi ex fideicommisso erant restituenda, usumfructum legatario præstaret, non est dubium, quin valeat ejus voluntas, cum & res proprias heredis & alienas legandi habeat facultatem, ut alias intellectum, idque facile Sandius evincit in *decisione prædicta sub finem.* Verum quod sub verbis generalibus suorum bonorum, aut quæ ipse relicturus sit, de talibus testari voluerit, de quibus jam alius erat testatus, & quæ secundum alienam dispositionem sciebat habere suum ordinem testati; Quodque suum heredem voluerit damnatum, ut bona, post suam mortem propria ipsius futura, tertio fruenda daret, sine expressa jussione, nequaquam est verisimile, neque civile creditu: *nisi probetur voluntas testatoris saltem ex probabilibus conjecturis;* Addunt Mantica & Soto Major, qualem tamen non esse, quando Testator ita dixit, *usumfructum omnium & quorumcumque bonorum,* sive, nulla re excepta

pta, recte monent iidem. Multo fortius idem statuendum, si Testator sit parens & bona fideicommissaria liberis restituenda. Qua de re gravissima, extat rei judicatæ apud eandem Curiam nostram meæ memoriæ, auctoritas. Nobilis Matrona nostras, vidua nupserat Ultrajectino nobili, quem & liberis suis Curatorem petierat; verum cui prælatus est summa ratione avunculus affinis. Matrona testamento suo liberis heredibus institutis, marito usumfructum omnium bonorum suorum reliquerat; qui petebat etiam a liberis usumfructum bonorum, quæ mater liberis suis ex avito fideicommisso restituere debuerat. Curator hactenus se opposuit, eo quod mater id nullo modo in præjudicium liberorum voluisse præsumeretur, *& obtinuit*, restricto usufructu omnium bonorum ad ea, quæ proprio jure libereque Testatricis fuerant; Sub quibus omnino etiam nomina & obligationes continentur, *l. 37. h. t.*

2. Usufructu fundi ad certum tempus relicto, hac lege, ut elapso tempore *v. gr.* quinquennio, fundus alteri restituatur, si Legatarius ante lapsum temporis moriatur, an debetur fideicommissario? Debetur, elapso videlicet quinquennio, *l. 35. h.* Wissenb. ad *h. t. n. 11.* Busius *ad d. l. 35.* quam alii male ceperunt, quasi plane evanesceret fideicomm.

3. Porro Ususfructus & superius Annuum legatum conveniunt, quod utrumque morte finiatur, *l. 8. de ann. leg.* sed differunt, quod ususfr. capitis quoque diminutione extinguatur, non annuum; quod & ita est in alimentis legatis, *l. 11. de Alim. leg.* Ususfr. legati dies cedit ab adita hereditate, ut habuimus *supra l. 7. tit. 2.* annuum statim a morte testatoris, *l. 12. §. 3. Quand. di. leg. ced.* Ususfr. unum est legatum, nisi cum alternis annis vel mensibus legatur, *l. 13. h. t.* secus ac de annuo dictum.

4. Legatum Reditus ab Usufructu distinguitur, etsi quantitate proventus conveniant. Nam Reditu relicto, Legatarius nihil quam petitionem summæ, qua ususfructus æstimatur, habet; nullum autem jus in Re consequitur, neque possessionem; nec quidem habitandi jus, nec impedire potest, quo minus Heres rem vendat, *l. 38. h. t.* Censetur autem & Reditus legari, si dictum sit; fructus ejus fundi dari volo uxori, *l. 22. h.* juncta *l. 38.* Si vero directe dixerit, Fructus do lego, magis est, ut sit Ususfructus, *l. 41. h. t. l. 20. de Usufr.* Wissenb. *ad h. t. th. 1.* Priore formula perinde est ac si dixisset Testator, *heres meus damnas esto dare fructus.* Quod nec hodie secus se habiturum puto, postquam formula vindicationis & damnationis amisit differentiam suam. Nec enim vis verborum naturalis & popularis sublata fuit, tollive potuit. Nec aliter hæc sermone vernaculo, ut videtur, obtinebunt.

5. De habitationis & operarum legato, præter ea, quæ de operis & habitatione dicta sunt in *suis locis*, observa sis, operarum legatum cedere demum, ex quo petitæ sunt operæ, *l. 7.* Habitationis annuæ legatum in principio anni cujusque, *l. 11. h. t.*

Tit. III.

De Servitute Legata.

Servitutis realis legatæ, (nam ita stricte hoc vocabulum accipitur, ut alibi,) diversa ab Ususfr. ratio est: nam hujus legatum est individuum, secus ac Ususfr. *l. 5. D. de Usufr.* Unde ad servitutis legatum singuli heredes in solidum tenentur, secus ac in ususfr. *l. ult. h.* Ususfr. legatum cedit ab adita hereditate, *ut superius*, de servitute hoc non videtur, per *l. un. §. 6. C. de cad. tol.* non obst. *l. ult. ff. comm. præd. l. 19. §. 1. quemad. serv. amitt.* de quibus vid. Wissenbach. *ad h. t. th. 1.* quæ describere non libet, & quod addam non habeo. Dissent. Bachov. *vol. 2. disp. 13. th. 7. lit. A.*

2. Quemadmodum autem reliquæ res legatæ, quarum est dominium, sine facto heredis, perfecto jure competunt, *l. 80. de Legat. 2.* idem de servitutibus legatis intelligendum, *l. ult. h. t. & l. 19. §. 1. Quemadm. servit. amitt.* Sed & hoc *ad tit. Inst. de Servit. n. 15. in fin.* est occupatum.

Tit. IV.

De Dote Prælegata.

Dos a marito dicitur uxori & relegari, & prælegari, *Rubr. & l. 1. pr. h.* hoc est, legando restitui & celerius solvi, quo respectu utile est hoc Legatum, dix. *tit. Inst. de Legat. n. 13. in fin.*

Si præter dotem, legatum aliud acceperit uxor, aut hoc, fine dotis mentione, potest utrumque petere, sublato edicto de Alterutro, *l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Quatenus hæc usum habeant, ex iis, quæ de jure Dotium dicta sunt, intelligi potest.

Tit. V.

De Opt. vel Elect. legata.

OPtio & electio synonyma sunt, *l. 2. pr. h.* legaturque aut expresse, vel tacite, *d. l. 2. §. 1.* Tacite, cum genus legatur. De utroque diximus ad *tit. Inst. de Legat. n. 18. & seqq.* copiose.

2. Semel autem facta electio mutari pœnitentia nequit, *l. 2.* nisi facta sit ante aditam hereditatem, *l. 16. h.* aut non omnibus exhibitis speciebus, aut in re aliena, vel quæ non sit in commercio, optata, *l. 4.* hæc enim vitia sunt electionis.

3. Etiam hoc, si filiusfam. sine jussu patris optaverit, id enim facere non potest, *l. 10. h. t.* quod tamen hodie secus obtinere videtur, postquam placuit, filiumf. etiam invito Patre adire posse hereditatem, *l. ult. in pr. C. de bon. quæ lib.* De stipulatione constat, si filiusfam. alternative duas res stipulatus sit, eum, inscio Patre, electionem perpetrare posse, *l. ult. in pr. de V. O.*

4. De genere Legato est sententia peculiaris Vinnii *ad §. 22. I. de Leg.* quam placet expendere; his verbis continetur; *Sed*, ait, *cum corpora genere legato contenta, certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed heredis electio est; qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit.* Quæ sententia nec rationi convenire, & a juris auctoritate aliena, evertendæque sententiæ legum, quæ dant electionem legatario, esse videtur. Atqui Vinnius; de domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus 71. de Leg. 1. Quapropter dubitandum non est*, pergit, *quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus; posito, quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundos habuit.* Sed est verum, quod in illo textu *l. 71.* contrarium habetur. Ita pandectæ Florentinæ, *Si domus aliena simpliciter legata sit, cogentur heredes, quam vellet domum, ex his, quas testator habuit, legatario dare:* alii codices, teste Gothofredo, pro vellet, legunt *voluerint.* Sed Vinnius vulgatam præfert lectionem, *cogetur heres quam domum volet &c.* aut Holoandrinam, *cogentur heredes quam domum volent.* Contra recentiores editores & scriptores, merito præferunt Hetrusci codicis auctoritatem, secundum quam res indubitata est. Videtur, si voluntati heredum electio committeretur, non fuisse usurus JCtus verbo *cogentur:* nam ad quid *cogentur heredes?* ad aliquam domum in genere ex iis, quas habet testator, legatario dandam; quasi hoc dubium esset, aut ullo modo quæsitu dignum. Sine dubio vox *cogentur*, respicit dationem certæ domus, sed ad quam dandam cogentur? ad eam, quam volunt? quomodo cohæret hoc, cogi ad id, quod arbitrio nostro committitur? præter quod leges aperte lectioni Pisanæ suffragantur, quæ pro regula tradunt, quod legatarius eligat. *Si generaliter servus vel res alia legetur, legatarii electio est*, inquit Imperator *d. §. 22. h. t.* Qui *rem aliam* indistincte appellat, intelligendum præbet, *aliam quamvis*, neque nobis distinctio fingenda, ubi lex indistincte loquitur. Atqui *inter ædes & ædes*, ait Vinnius, *inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest, ut nulla sit proportio, & major distantia quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressum.* Opinor etiam inter hominem & hominem, in quo exemplo ponit Justinianus specimen regulæ nostræ, sæpe non minus interesse, quam inter Mantuam & Romam, inter cupressos & lenta viburna. Servus actor aut anagnosta, vel capsarius aut medicus, non minus præ mediastino excellit & pretio differt, quam domus ampla ab insula parva; neque enim in ejusdem hominis patrimonio credibile est, domos adeo valore differentes extare, quam est proportio bovis ad muscam. Sed largiamur Vinnio illud antecedens, quid hinc adsumetur? quid profertur, quare minus absurda sit illa distantia, quando heres eligit, quam ubi legatarius? Durum putas, legatarium petere domum amplam & novam, ubi parva & vetus est in hereditate; nec tu iniquum censes, heredem ei, cui testator domum simpliciter legavit, obtrudere casam, vel tuguriolum, ubi insignia & spectata ædificia relicta a testatore non desunt? *Sed conjectura legis est*, pergit Vinnius, *testatorem voluisse quam minimum heredem oneratum, l. 67. §. 8. de leg. 2.* unde parum tamen hæc præsumptio stabilitur; eique alia opponi potest; quod testator legatum

legatum ex benevolo affectu reliquerit, cui sit consentaneum, ut in generali sermone testator id relinquere voluerit, quod ad animum legatarii de rebus sub genere contentis maxime pertinet; at hæc frustra ventilantur. Ratio enim optima juris est superius collocata, quod in sermone generali ac indifferenti, quod inter duo extrema medium est, sequamur, idque testatorem voluisse præsumamus. Ita scilicet, ut in *l. 37. in pr. de Leg. 1.* docetur, *Legato generaliter relicto id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur, ideoque homine legato, actorem non posse eligi.* Quo observato, nullum periculum est, ne heredem, electione legatario permissa, supra mentem testatoris, aut ultra quam æquum est, gravari contingat.

5. Frequens quæstio est, si testator primo genus leget, dein aliquas ejus species enumeret, utrum genus illud species restrinxisse videatur? Videtur, si accurata sit specierum recensio, quod tunc generi derogetur, *l. 18. §. pen. de Instr. leg.* quod si obiter & negligenter species una & altera sit expressa, non videri minutum genus, sed ex abundanti aliquot species adjectas, *l. 12. §. pen. eod.*

TIT. VI.
De Tritico, vino, oleo, frumento legato.

Vino, cæterisque hujus Rubr. speciebus legatis, debetur quicquid testator numero vini habuit, modo non toto genere diversum, *l. 9. h.* Imo etiam talia, si testator ea pro vino habuerit, ut mulsum, zythum, cerevisiam, acetum, hydromely, *d. l. 9.* Quid hodie, si probaretur, testatorem aliquem, dum viveret, ita solitum esse loqui, ut hydromely, cerevisiam, & quicquid in cella sua liquoris haberet, nomine vini insigniret, an vino legato cerevisia quoque cæteraque deberentur? Ego mihi non persuaserim, nostratibus ita visum iri, & ratio differentiæ intelligi potest ex usu diverso linguæ & populorum. Nam in Italia vinum erat ordinarius potus; Ideoque non omnino insolens erat, forte sub potiori quotidianoque potu omnia potulenta eodem verbo complecti; sic enim scribit Ulpianus, *acetum, zythum, camum & cætera pro hominum affectione atque usu, vini numero haberi. d. l. 9.* Nostro autem usu linguaque, res foret ineptissimæ jactantiæ, mulsum & cerevisiam nuncupare vinum; maxime cum vinum heic non habeamus, nisi peregre advectum, minimeque ut ordinario potu utamur. Vix igitur futurum est, ut ullus paterfamilias tam splendide ineptiat, aut si evenerit, tamen ejusmodi exorbitantem sensum, licet usitatum testatori dum viveret, non applicabimus testamento; idque secundum Servii & Tuberonis sententiam Celso laudatam, *l. Labeo ait. 7. §. Servius. 2. ff. de Supell. leg. Servius,* inquit, *fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectili legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.*

2. Quando eadem quantitas in eodem testamento bis legatur, fieri potest, ut etiam bis debeatur, si hoc voluerit testator, & evidentissime liqueat, idque Legatarius probare debet, per *§. 4. in fin. Inst. de Legat. & l. 34. §. 1. & 3. de Leg. 1.* Imo heres, *l. 12. de Probat.* si nempe diversis scripturis eadem quantitas legata fuerit, quia tum præsumitur pro Legatario, testatorem voluisse conduplicare Legatum. In eodem testamento creditur, non tam sæpius legasse, quam sæpius esse locutus testator, *l. 66. §. 5. de Legat. 2.* Quod si corpus idem bis in eodem Testamento legatum fuerit, constanter tenendum, non nisi semel esse præstandum, *d. l. 34. §. 1. de Legat. 1*

SCHOLIUM.

Aliud si in duorum testamentis, d. l. 34. §. 2. de Legatis 1. *Quid si in diversis scripturis ejusdem testatoris? Puto & hic semel præstandum esse.*

3. Legato indefinite concepto neque certa quantitate adjecta; veluti heres uxori meæ oleum, acetum dare damnas esto, id omne debetur, quod testator mortis tempore reliquit, *l. 7. in pr. h.* Si triticum oleumve, quale non fert natura, legetur, id inutile est, *l. 7. §. 1. h.*

Denique, si quantitas certa legetur ex aliquo fundo, & minus ex eo proveniat, nihilo plus quam inde provenit, debetur, *l. 5. h.* Quod secus est, si quantitas *annua* ex certo fundo legetur, ut probatum est *ad tit. de Ann. Leg.* & ratio differentiæ est, quoniam Testator in annuo Legato usum & indigentiam legatarii spectavit, in altero demonstrationem fundi taxationis causa expressit.

TIT. VII.

De Instructo & Instrumento legato.

I. Instrumentum quid. II. Instructi significatio. III. Dotes prædiorum quid. IV. Usus & idioma temporis.

INstrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus possessio exerceri nequit, *l. 12. pr. h.* proinde instrumento fundi continentur ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, *l. 8. h.* Non supellex, neque penus, nec pecora, quæ pascuntur, *l. 9. & l. 12. §. 15. h.* at sub instrumento villæ urbanæ continetur supellex, *l. 19. §. 1. h.* mola quoque est instrumentum ædium, *l. 26. §. 1.* non fundi, *l. 18. §. 2.* quod moribus hodiernis plerumque contra se habet.

2. Sed fundi instructi plenius est legatum, *l. 12. §. 27. h. t.* instrumentum enim ad possessionem rei pertinet, instructi vox ad usum patrisfam. unde & supellectilem continet, *d. l. 12. §. 28.* add. tamen *§. 29. & 30.* item *l. 2. C. de V. S.* Fundo legato, debetur instrumentum, etsi fundus perierit, aut alienatus sit: nempe, quod ad instrumenta, quæ ad usum patrisfam. in eo fundo attinent, *l. 5. h. t.* Sed instrumentum, quod ad fundum pertinet, non debetur, *§. 17. I. de Leg.*

SCHOLIUM.

Clarior erit mens Autoris, si jungas huic positioni Prælect. ad Inst. de Legatis n. 15. p. 234. seq. *Aliter conciliat Struv.* h. t. th. 58.

3. Instrumentum & *dotes prædiorum* pro synonymis habet D. Wissenbach. *ad d. tit. ff. de Instruct. leg. th. 6.* ex *l. 2. §. 1. d. tit.* & sub dotibus numerat, stramina, stercora, boves aratorios, aratra, ligones, corbes, pedamenta, vimina, stabula, casas, rastra, servos fundo destinatos, dolia, præla & id genus alia. Atqui hæc omnia sub instrumento contineri, recte probatur ex *l. 1. & seqq. eod. tit.* sed dotes prædiorum non videntur idem esse, verum æque late patere ac *fundus instructus.* Ita enim Papinianus ait, *dotes prædiorum, quæ Græco vocabulo ἐνθήκαι appellantur, cum* non *instructa* legantur, *legatario non præstantur.* Ergo tantum debentur, *si fundus instructus* legetur; Dotes igitur prædiorum plures sunt, quam res a Wissenbachio enumeratæ, ut etiam supellex & pecudes fructuosæ, similiaque sub iis complectendæ sint.

4. Cum his noster usus & dialectus si conferantur, nihil examussim illis conveniens reperio. Nam instrumento comparari deberet vernacula vox, *gereedschap*; qua voce instrumenta agriculturæ continentur; non tamen stercora, stramina, alvei apesque, equi aratorii, vehiculares, pecudes necessariæ ad fructum fundi exercendum, & id genus alia, quæ Romani sub instrumento comprehendunt, *d. l. 8. & seqq. h.*

Fundus instructus, *uytgerust*, si legetur, valde dubitem, quomodo nostrates id acciperent. Non est ab re, si testator ejusmodi vocabulo uteretur, plenissimam ejus voluntati interpretationem suffragari, ut omnia, quæ ad fundum exercendum requirnntur, legatario deberi viderentur.

Sed paterfamilias nostras commodius fecerit, si distinctis utatur vocabulis ad res diversas comprehendendas, ut cuique nationi suo modo. Nostris *Gereedschap* instrumenta artificialia significat. *Beslag*, pertinet etiam ad pecudes, per quas fundi fructus exercetur; adeo ut his verbis Fundus *met sijn beslag*, posset, opinor, videri, ferme idem contineri, quod sub fundo instructo in Jure latino significatur, *sive cum ἐνθήκαις & dotibus prædii;* etsi plerumque pecudes specialiter quoque nominentur, *levendige have.*

5. Fundo legato, cum omnibus, quæ in eo sunt, etiam merces venales debentur, *l. 27. §. 3. h. t.* at usufructu ita legato, merces venales non debentur, quia venditionis causa modum ususfr. excedit, *l. 32. §. 2. de usufruct. leg.* Thomasius se hanc rationem non agnoscere ait, per ea, quæ dixerit *ad tit. de Servit. pos. 3. &* 4. Quæ ad hanc rem quomodo pertineant, non intelligo. Tu vide sis Wissenb. *ad. h. tit. th. 9.*

N. ADDIT.

Scilicet & ibi, & in Scholiis ad titulum Inst. de Servitutibus, ac nunc utrobique in novis additionibus, ostendi, falsam esse hypothesin Autoris, quod servitutes etiam personales, & inter has præcipue ususfructus non possint venditionis causa constitui, & supra quoad usumfructum jam exemplum dedimus in usufructu sylvæ & lapidicinæ &c. Hinc jure petii in scholio illo, ostendi debere aliam rationem differentiæ, qua illæ duæ leges, quæ obstantes alias videntur, possint conciliari. Nunc vero ab illo desiderato abstineo, postquam re propius perspecta

specta deprehendi, d. l. 27. §. 3. h. t. *nil minus dicere, quam quod fundo legato & iis, quæ in eo sunt, debeantur merces venales. Tu Lector ipse textum consule. Ait Scævola:* Liberto, quem heredem ex parte rescripsit, fundum per præceptionem dedit, in hæc verba: *Pamphile liberte præcipito, tibique habeto fundum meum Titianum, & agellum Sempronianum cum instrumento, & his, quæ in eodem erunt cum moriar, familiaque quæ in eo fundo moratur, exceptis, quos manumisero.* Quæsitum est, cum testator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendi ierat, & partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex causa præceptionis pertineat? Respondit; verbis, quæ proponerentur, contineri, nisi manifeste contrariam voluntatem coheredes approbant. *Ubi hic agitur de mercibus venalibus, & quod illa ad legatarium pertineant? Agit partim de vino vendito, quod legatarius non accipit, partim de reliquo vino non vendito, quod legatario secundum decisionem JCti, quæ nullam rationem dubitandi habet, debetur. At non sequitur: Testator* aliquantum *vini*, *quod in doliis habebat*, totum *vendidit, ergo reliquum vinum est merx venalis. Non magis, ac si quis fundum rusticum possidens superfluum & abundans frumentum vendidisset, quis enim & tum diceret, frumentum reliquum esse mercem venalem? Quod igitur sub usufructu domus, & rerum quæ ibi sunt, sec.* l. 32. §. 2. de usufr. leg. *idem Scævola neget, merces venales contineri, non ex eo est, quod ususfructus venditionis causa non possit esse, sed partim, quod in specie ususfructus domus non consistat in venditione mercium, partim quod per verba*, quæ *ibi i. e. in domo* sunt, *intelligantur res, quæ ibi sunt tanquam supellectilis aut certe tanquam domus accessoriæ, qualia non sunt merces venales.*

TIT. VIII.

De Peculio Legato.

Tit. de peculio legato, nihil habet præcipui, præter id, quod est in §. 20. *I. de Legat.* nisi hoc addere velis, Servo legato, aut libertate ei data, non intelligitur peculium datum, nisi exprimatur, *l. antep. hic. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* legatum vero accessionis vicem obtinet; itaque extincto servo simul extinguitur, *l. 1. & 2. eod.*

2. Filiifam. quoque peculium legari potest, *l. 2. §. 1. h.* Idque usum habere posset hodieque; sed ejus dies cedit, ut alias, a morte testatoris, sive ipso filiofam. sive tertio legatum sit, aliter ac in peculio servi; nam hujus dies, cum servo legatur, cedit ab adita hereditate, quia Libertas legata tum cedit diem, *l. un. §. 7. C. de Caduc. toll.* & quia legatarius habet, quicquid tempore diei cedentis est in legato; habet etiam servus augmentum peculii, quod inter mortem & aditam hereditatem accessit, secus ac alius, cui peculium fuerit legatum, *d. §. 20. Inst. de Legat.*

3. Usus quod ad servos nullus est; posset aliquis esse de peculio filiifamilias, quando pater filio dedit pecuniam aut merces, in quibus negotietur, *l. 4. ff. de pecul. leg.* nam quia per habitationem propriam, nostræ patriæ moribus, ut alibi dictum, non tollitur patria potestas, nihil vetat, quo minus peculium filiifam. pro tali habeatur, sicut jure civili præscribitur.

Ideoque vel ipsi filio vel alii cum effectu legari poterit.

TIT. IX.

De Penu Legata.

Dicitur Penus ex eo, quod non in promptu est, sed intus & penitus reconditum, Gell. *lib. 4. c. 1.* Penu legata debetur quicquid esui potuique est, *l. 3. pr. & §. seqq. h.* etiam ligna, carbones, thus, cerei, unguentum, chartæ epistolares, & vasa, sine quibus penum habere non licet, *l. 3. §. 9. 10. & 11.* non medicamenta, *l. 5. pr. h.* non vasa cocitatoria, nec instrumenta culinæ, *l. 6. h.*

2. Quod si aliquid penoris dare jussus, & non dedisset, pecuniam solvere heres damnatus est, penus erit in præstatione, pecunia vero in petitione, postquam heres est in mora dandi, *l. 2. eod. l. 9. l. 24. Quand. dies leg. ced. l. 115. de V. S.* Adde Wesenb. *h. tit. ult.*

2. Hoc *Penoris* legatum est etiam peculiare Romanis; in nostra lingua non habemus æquipollens

pollens vocabulum, quo non tantum esculenta, & potulenta, sed etiam ligna, carbones, chartas epistolares, cereosque complectamur. Proximum est, si quis leget, *alle eet-en-drink-Waren*, sub quo tamen & jumentorum cibaria intelligi possunt, juxta *l. 3. §. 7. ff. de pen. leg.* scilicet eorum jumentorum, quæ usibus testatoris deserviunt, non quæ locantur, nec quæ ob opus rusticum habentur, ut quidem est in *d. §. 7.*

TIT. X.

De Supellectile Legata.

I. Supellex quid. II. Vasa argentea, an supellex & quid hodie. III. De libris & capsis. IV. An species derogent generi. V. Sub mobilibus, an pecunia contineatur. VI. Nomina videri sub mobilibus comprehendi. VII. An sub Legato mobilium & immobilium. VIII. Casus ea de re specialis.

Videamus de supellectile, ita dicta, quod ea, quæ *sub pellibus* militiæ, aut in legatione usui erant, comprehendebat, *l. 7. in pr. h.* Quid est Supellex? est domesticum Patrisfamilias instrumentum, quod neque argento aurove facto, neque vesti adnumeratur, ut Pomponius finit in *l. 1. ff. de Supell. leg.* Vox sine dubio convenit cum nostro vernaculo *buysgeraedt*, cui illa definitio bene convenit, atque a vestibus æque separatur. vid. Carpzov. *6. Resp. 34.*

2. Vasa aurea & argentea sintne pro supellectili habenda, dubitatum fuit inter veteres; sed ex usu temporum interpretatio desumpta fuit; priscis temporibus non erant aurea argenteaque vasa loco supellectilis, *secundum seculi severitatem nondum admittentis argenteam supellectilem*, ait Paulus in *l. 3. §. ult. ff. de Supell. leg.* sed deinde crescente luxuria nihil dubitatum est, *d. l. 3. §. 3. & 4.* nisi quod de escario potorioque auro argentoque, scrupulum injicit Modestinus in *l. 8. d. tit.*

Mores nostri, ut antiquis Romanis sunt liberaliores hac parte, ita recentioribus impares, servant mediocritatem; ut argentea vasa instrumentaque in usu quotidiano testatoribus habita, sine dubio pro supellectili sumantur, non ea, quæ in armariis reponi, nec aliter quam solenni occasione proferri solent, ut & Curiæ nostræ visum apud Sandium *lib. 2. tit. 5. def. 5.*

3. De libris potest quæri, numquid supellectilis loco sint, quia non excipiuntur in definitione, sed tamen non esse, nec quidem capsas & thecas librorum, indicat Paulus in *l. 3. §. 4. ff. de Supell. leg. Sunt*, ait, *qui recte putant, capsas aut armaria, etsi librorum aut vestium, aut armamentorum gratia parata sunt, non esse in supellectili, quia ne hæ quidem ipsæ res, quibus attributa essent, supellectilis instrumento cederent.*

De bibliothecis, id est capsis librariis, hodieque non dubitabimus, quin sub *buysgeraedt* non contineantur, etsi de capsis vestium secus opinari populus videtur; quanquam ratio Pauli nunc etiam valeat: Vestes non sunt supellex, (*buysgeraedt*) ne hodie quidem, ergo nec capsæ, in quibus vestes custodiuntur: sed consequentia non videtur esse moris nostri; pendent enim hæ res ab usu linguæ populique consuetudine, qua capsæ & cistæ habentur in numero supellectilium *van buysgeraden.*

Proinde capsæ, in quibus armamenta civica vel familiaria continentur, eodem pertinere videntur, imo de his ipsis armamentis, si habeantur ob usus civiles venandive causa, videri possent habenda pro supellectile, non si causa belli atque castrorum. At in contrarium nos vocat Alfenus in *l. 6. pr. d. tit. Supellectilis*, ait, *eas res esse puto, quæ ad usum communem patrisfamilias paratæ essent*, quæ *nomen sui generis separatum non haberent*: sicut arma, libri, vestes, nominibus separatis cognoscuntur. Idemque de omnibus instrumentis, quæ *ad artificii genus aliquod* pertinent, existimandum, *d. l. 6. in pr.*

Proinde ne quidem libri, quibus paterfamilias omni die familiaque ejus usa est, ut sunt biblia sacra vernacule scripta, librique medici vel cocitatorii, legata supellectile continebuntur, quia nomine proprio distinguuntur, ut quidem ratio velle videtur.

4. Si primo legetur supellex, deinde species una & altera adjiciatur, ea tanquam superflua non minuit legatum, *l. 2. §. pen. de Instr. leg.* sed pluribus speciebus accurate adjectis, derogatum videtur legato, *l. 18. §. pen. eod.* vid. *l. 9. h. t.* Latius hoc D. Wissenbach. *ad tit. de Instr. Leg. th. 8.*

5. Hoc loco de mobilium legato commode agi potest.

potest. Cum de *mobilibus* legatis agimus, jure civili continetur sub iis pecunia, quia res mobilis est, *Tit. Inst. de reb. corp. & incorp. l. 79. §. 1. ff. de Legat. 3.* Hoc hodie secus esse, docet Pinellus ad *l. 1. C. de bon. mat. part. 2. n. 50. Licet*, inquit, de jure, *mobilium* nomine *contineatur pecunia, secundum proprietatem vocabuli, hodie tamen, attento usu vocabuli, contrarium judicandum sit. Notorium enim est, homines appellatione mobilium, non sentire de pecunia, sed de supellectile & de ornamentis* &c. Idem de usu fori universo testatur Wissenbachius noster *ad tit. ff. de legat. 3. th. 9.*

Vereor tamen, ne non diversa sit ratio linguarum exoticarum a nostra & a Romana, nam Galli, Itali, Hispani voce *mobilium, Meubles*, intelligunt fere supellectilem; & nostrates cum hac voce peregrina utuntur, intelligunt ea, quæ ad domum instruendam habentur, ac etiam ornamenta, aurumque factum & infectum, *non pecuniam*, neque bibliothecam, ut videtur, aut animalia.

Sed quando loquimur vernacule, *tilbare*, sive *roerlijke goederen*, non animadverto, quin hoc vocabulum æque late pateat, ac *mobilium* vox apud Latium; nec puto quicquam obstare; quin ita satis liquido observatum, quoties usu venit, existimo. Etiam vero pecunia & bibliothecæ sub iis verbis comprehenduntur, solæque res soli excluduntur, quæ dicuntur *onroerlijke*, ad quas cum pecuniæ cæteræque res nullo modo pertineant, neque tertium genus faciant, ad mobilia sine dubio referenda fuerint.

6. An etiam nomina & obligationes sub *mobilibus* continentur, id est, *tilbare of roerlijke goederen:* nam vocem *meubles* huc non pertinere, certum est? Multis videtur, eamque communem Doctorum sententiam esse, ad *tit. Inst. de reb. corp. & incorp. & ad tit. ff. de Rer. Divis.* diximus, idque prolixe Voetius adstruit *ad tit. Inst. cap. de Moribus.* Sed ea sententia nititur hac hypothesi, quod divisio rerum in corporales & incorporales, usu temporum obsoleverit, ut auctor idem aliique contendunt; hoc refutavimus ad *d. tit. Inst. & Digg. de Rer. Divis.* Imo quod magis est, ne quidem sub legato mobilium & immobilium simul, videntur obligationes & nomina comprehendi, ut Sandius tradit *lib. 4. tit. 4. def. 6.* Species facti illic quidem est de annuis reditibus, sed idem sentire Sandium de obligationibus aliisque juribus, manifestum est, *eo, quod reditus, sicut alia jura & actiones, tertiam bonorum speciem a mobilibus & immobilibus, differentem constituere* scribit. Atque ita recte, si Testator heredem instituerit, uxorique aut alii mobilia & immobilia legaverit; Heres sine dubio res incorporales, ut nomina & obligationes, cæteraque jura habebit. Alioqui non pœnitet me sententiæ positæ *ad d. tit. de Reb. corp. & incorp. & ad tit. de Rer. Divis.* quod, ubi lex aut paterfamilias omnia bona dispescit in mobilia & immobilia, quemadmodum sæpe fit, tum incorporalia sub iis contineantur, ita ut jura personalia referantur ad res mobiles, & realia ad immobiles.

Ita, si quis omnia sua bona mobilia & immobilia pignori obligaverit, non est dubium, quin etiam res incorporales juraque pignore teneantur, ut sæpe fert usus. * Si quis etiam heredes instituerit ex omnibus suis bonis mobilibus & immobilibus, nemo dubitabit, quin heredes etiam incorporalia sint occupaturi.

7. Quid autem, si Testator, omissa heredis institutione, bona sua tam mobilia, quam immobilia, legati titulo uni vel pluribus reliquerit, ut fit, & memini accidisse, numquid & isti legatarii res incorporales obtinebunt? Non videri, suggerit id, quod modo tradidimus, sub legato mobilium & immobilium incorporalia non contineri; at in contrarium vocat, quod alias dictum est, testamentum carens heredis institutione moribus nostris sustineri, *supra tit. de Hered. inst. a princ.* titulusque legati in hoc casu a plerisque institutioni æquipollens habetur.

Magis tamen est, ut sustineatur hactenus omissa heredis institutio, quod ejusmodi dispositio pro codicillo habeatur, in quo legata valent *sicut legata*, quæ ab herede legitimo vel priore testamento rite instituto, præstari debent his, qui in testamento, quod caret heredis institutione, scripti sunt. Unde sequi videtur, legata bonorum mobilium immobiliumque non aliter accipi in testamento, ubi nulla est heredis institutio, quam ubi recte heres scriptus est: resque incorporales eo casu manere penes heredem legitimum, ut alioqui manent penes heredem scriptum; ne jus illud enorme, quod Testamentum sine heredis institutione

* Et ut Serenissimo Legislatori Saxoniæ placuit, in *Ord. Processuali tit. 46. §. Nachdem aber auch 8.* usu hominum hoc ita postulante, quamvis novissimo processuali jure hujus constitutionis non appareat usus.

valeat, ulterius etiam extendamus in favorem vitiose instituti, quam accipi possit in favorem rite scripti heredis, *per ea, quæ modo de hoc genere legati dicta sunt.*

8. Sic satis intelligentur positiones, quas ad finem hujus Tituli adjecimus. Sub legato mobilium continentur etiam nummi simpliciter, etiam quos Testator præsidii vel mutui dandi causa repositos habuit, *l. 79. §. 1. de Legat. 3.* at si mobilia, quæ certo loco sunt, legaverit, tum nummi ad mutuo dandum repositi, non videntur legati, *l. 79. §. 1. de Legat. 3.* nihil obstantibus *l. 41. §. 6. & l. 44. D. d. t.* Ne merces quidem venales continentur sub mobilibus certo loco demonstratis, *l. 92. §. ult. eod. l. 32. §. 2. de usufruct. Legat. l. 1. & 2. C. de V. S.* Cautiones quoque & nomina & actiones, sub tali Legato non continentur, imo hæ, cum ne quidem corporales sint, plane sub Legato mobilium & immobilium non comprehenduntur, *l. 86. pr. de Legat. 2. l. 12. §. 45. de Instruct. vel instrum. Leg.* Sandius *lib. 4. tit. 4. def. 6.* Adde Wissenbach. *ad tit. de Legat. 3. th. 9.*

LIB. XXXIV.

TIT. I.

De Alimentis vel Cibariis Legatis.

SUb alimentis continentur cibaria, vestitus, habitatio, non quæ ad disciplinam pertinent, nisi testator aliud voluerit, *l. 7. h.* quod in patre facilius præsumitur. *arg. l. 4. Ubi pup. educ.* Unde in edicto Carbon. disciplina semper sub alimentis continetur, *l. 6. §. 5. de Carb. edict.*

2. Interpretatio alimentorum legatorum est favorabilis: unde heres educare duntaxat jussus, omnino alere tenetur, *l. ult. h.* item alimenta simpliciter relicta, in perpetuum relicta videntur, si ad pubertatem, plane pubertas intelligitur, *l. 14. pr. & §. 1. h.* add. *l. 11. h.*

3. Quantitate alimentorum non expressa, modus secundum facultates & ex præsumpta voluntate testatoris statuendus est, *l. 22. pr. h.*

4. Prædio alicui ad alimenta legato, * non alimenta exinde ad vitam, sed proprietas debetur, alimentorum adjectio causæ locum habet, *l. 4. vers. quær. & l. 22. §. ult. h. t.*

5. Diaria idem significant, quod Cibaria, quibus neque vestis, nec habitatio, nec calcearia continentur. *l. 21. h.*

TIT. II.

De Auro, argento, Mundo, Ornamentis, veste vel vestimentis, & Statuis Legatis.

I. Rubrica summariorum loco est.

AUrum & argentum est triplex, factum, infectum, & signatum. Sed hoc tertium sub auro argentoque simpliciter dicto non continetur. Cum enim aurum vel argentum legatum est, quicquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum; pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri, *l. cum aurum. 19. ff. de Aur. & arg. leg. l. 27. §. 1. & seqq.* Hæc quoque res varietati linguarum morumque subjecta est. Nam Galli de suo idiotismo contrarium testantur; Si enim quis legaret in hæc verba *Je legue à Titius tout mon or & argent.* id est, *Lego Titio omne meum aurum & argentum*, hujusmodi legatum non nisi pecuniam signatam includere, non etiam vasa aurea vel argentea, adfirmant Tiraquell. *de retract. gentil. §. 1. gl. 20. n. 1. & 2.* & Mornac. in *l. 2. C. de constit. pec.* Hoc ideo, si verum, quia Galli non habent

* Secus est, si alimenta, ex certo fundo singulis annis præstanda legentur, sic enim legatario fundi nec proprietas, imo ne quidem hypotheca specialis in eo alimentorum causa, competit, Guid. Papa. *dec. 576. n. 1.* Schilter. *ad ff. Ex. 39. §. 95.* Jure consuetudinario autem Saxonico hoc casu specialis hypotheca fundum afficit, secundum Schilt. *l. c.* Carpz. *P. 1. C. 28. d. 151.* Richt. *de priv. Cred. c. 5. n. 27.*

voca-

vocabulum, quo nummos sive pecuniam ab auro argentoque distinguant; sed vox *argent*, in celebriore significatu pecuniæ soli convenit, potius quam argento facto infectove. Sed usus nostri sermonis cum Romano convenire videtur; habemus enim proprium nomen *Gelt*, quo nummos ab infecto factove argento aureove discernimus. Ideoque nullus dubito, quin sub legato auri argentique *van al het Golt en Silver*, pecunia non comprehendatur, sed vasa instrumentaque facta ex illis metallis, massæque si quæ reperiantur, ejusdem materiæ duntaxat. vid. *l. 27. §. 2. ff. eod. tit.*

2. Postremo, qui legat omne *suum* argentum, aut vestem *suam*, neque legat hoc, quod est in credito, nec id, quod post testamentum factum comparatur; quia vox *suum* & proprietatem, & tempus præsens significat, *l. 7. l. 9. & l. 27. §. 2. h.*

3. Mundus est, quo mulier mundior fit. Continentur eo specula, matulæ (non ad vesicam levandam, sed ἀρύταινα Polluci, & glossis ampulla olearia, Cujac. *10. obs. 17.*) Lavatio, Riscus, arcula, vasa unguentaria, & si qua similia dici possunt, *l. 25. §. 10. h.* Nos una voce, quæ *Mundo* respondeat, caremus, opinor; aliter essent hæc circumscribenda.

4. Ornamenta sunt, quicquid ad ornandum corpus adhibetur, & enumerantur in *d. l. 25. §. 10.* sed exigenda sunt ad cujusque regionis & linguæ proprietatem. Margaritæ sub ornamentis, non tamen rudes, continentur, *d. l. 25. §. 11.* Eadem ratio est in ferro, stanno, ære, plumbo, aurichalco & similibus, ut debeatur tam infectum quam factum. Gemmas a lapillis, utrasque a margaritis distinguunt Latini, *l. 19. §. 15. & seqq. præd. tit.* puto etiam lingua nostra. Gemmæ *eedele gesteenten*, Lapilli sunt *steenijes*, Margaritæ *peerlen*, habent singulæ suum nomen proprium, neque sunt *steenen*, sed conchæ maris; sic etiam succina varii generis, suis nominibus cognoscuntur, *d. l. 19. §. 18.* Forte hæc omnia continentur sub nomine *Kleinodien* aut *Juweelen*, quod est a Gallico *joyaux*, & hoc a latino *jocalia*; qua voce puto contineri, inquam, gemmas, lapillos, margaritas, succina, corallia, torques, annulos, catenas aureas argenteasque, & omnia, quibus ad ornandum corpus utimur, nec ad vestimenta pertinent; etiam cingula ex argento facta, clavesque dependentes; ut hoc vocabulum diserte accipitur in *lib. 4. Stat. Fris. tit. 11. art. 14.* Idem sine dubio vox *Kleinodien* significat, & quidem clarius & indubitatius quam *Juweelen*, quod multi augustius sumunt quam in statuto usurpatur, & origo vocabuli dictat; vox *jocalia* quippe satis commode ea cuncta comprehendere videtur, & sumantur igitur *promiscue*. Quæsitum est e testamento Nobilis matronæ, an imago *Christinæ*, *Reginæ* gemmis circumdata, quæ marito ejus in Suecia Legato donata fuerat, sub voce *Juweelen* contineretur. Respondi, ita videri; maxime, quia matrona sæpe eam in pectore gestaverat ornatus causa.

5. Major, quam in supellectile, discrepantia moris hodierni atque Romani est, ratione vestium legatarum. Namque sub vestimentis legatis continentur *omnia linea laneaque, vel serica, vel bombucina, quæ induendi, præcingendi, amiciendi, insternendi, injiciendi, incubandive causa parata sunt, l. vestis. 23. §. 1. ff. de Aur. Arg. mund. vestim. leg.* Hinc etiam culcitræ, cervicalia, tapeta, tegumenta, subselliorum atque lectorum, sub veste continentur, *l. 25. eod. tit.* Quod a nostris moribus abhorret; nec enim ea, quæ insternendi, injiciendi, incubandive causa parantur, sub voce *Kleederen* simpliciter posita, continentur; sed tantum, quæ induimus, quæ præcingimus atque amicimus, adde etiam, quæ imponimus, ut sunt pilei, quibus veteres ita non utebantur. Quod ad materiam attinet, sine dubio non tantum lanea, serica, bombucina, sed etiam linea sub veste continentur hodieque, etiam pellicea, quod & Romani agnoverunt, *d. l. 23. §. ult.* Calceos tamen inter vestimenta non numerabant, *d. l. 25. §. 4. in fin.* quod nec fit sermone nostro proprie. At quia voluntas testantium plenius accipi solet, non putarem, legato vestimentorum hodie calceos eximendos esse; maxime, quia nunc induuntur, quod olim ita non fiebat, & sine calceis homo non potest dici plene vestitus esse: de sandaliis idem videtur, nec non de pileis, qui Romanis, ut dictum, in usu non erant ordinario.

6. Distinguuntur vestimenta in virilia, muliebria, puerilia, familiarica opposita forensibus, *l. 23. §. 2.* Item *Communia*, quibus sine reprehensione vel vir, vel uxor uti possit: Plerisque enim muliebribus vir sine probro vix utatur, ut Ulpianus *d. l. 23. §. 2.* quod & jure divino prohibitum *Deuteron. 22.* Ne quidem ad tempus, & ludendi causa, pudore salvo. Plato apud Dionysium rogatus, ut cum aliis inter scyphos & pocula stolam muliebrem indueret, recitavit apposite hos Euripidis versiculos, teste Suida in Voc. Ἀρίστιππος.

Οὐκ ἂν δυναίμην θῆλυν ἐνδῦναι στολὴν
Ἄῤῥην πεφυκὼς, καὶ γένους ἐξ ἄρρενος.
Stolam mulieris induere qui possim ego,
Vir natus & ex stirpe genitus mascula?
Idem de muliere viriliter induta. Notum illud Juvenalis Satyr. 6.
Quem præstare potest mulier galeata pudorem,
Quæ fugit a sexu?
Nec quidem pro patria laudanda hæc enormitas, cujus plura, maxime in classibus nostris, exempla; nisi valde Heroico & extraordinario quodam necessitatis casu: quo Galli referunt notum Puellæ Aurelianensis exemplum.

7. In omnibus hisce vestimentis, auro argentoque legatis, frequenter obtinet regula, quod Accessio cedat suo principali *l. 9. §. 2. l. 32. §. 1. b. t.* Utra vero sit accessio vel principalis, id non ex pretio spectamus, sed utra res ob alteram habeatur, *l. 19. §. ult. & l. 20. b. t.* Matrona, de qua modo, legaverat alicui omnia sua fictilia. Repertus autem est ingens numerus vasorum fictilium cum argenteis operculis, sexies pluris, quam erant ipsa vascula. Respondi tamen, opercula cedere vasis; nec ab herede posse separari; quoniam opercula erant vasorum gratia, *d. l. 19. in fin.* Quin sub auro legato annulus cum gemmis, etsi decuplo pluris, contineri, ex eadem ratione dicendum; non æque fasciculum gemmarum auro inclusarum, ut acu in pectore fixus habiliter gestari possit; tunc enim aurum propter gemmas adhibitum constat, *l. 20. eod.*

8. De Statuis & Imaginibus vide *l. 12. & 14. b.*

Tit. III.

De Liberatione Legata.

I. Quid hoc Legatum, & remissio. II. Commentariolus & correctio quadam Legis 25. b. t. III. Quid si liberatio vel nomen legetur, nullo existente debito.

Liberationis legatum dicitur, cum testator legat alicui, quod ipse defuncto debebat; per quod vinculum obligationis, quo legatarius tenebatur defuncto, licet ipse legatarius rei dominus sit, remitti videtur, *l. 1. pr. l. 7. pr. b.*

Forma est non modo, ut testator summam sibi debitam leget aut remittat; sed etiam ut damnet heredem, ne petat, *l. 2. b.* vel chirographum aut instrumentum obligationis tradat, *l. 3. §. 1.* at redditio pignoris non ipsum debitum, sed jus pignoris tantum arguit esse remissum, *l. 1. §. 1. b. t.* plura dix. ad *tit. Inst. de Legat. n. 10.* Vid. *ad fin. tit. ult. libri 35.*

2. Quid si liberatio legata sit ei, qui nihil debebat? Si dixerit testator, *quod Titius mihi debet, id peti nolo,* sine dubio evanidum est legatum. Idem erit, si *do lego id, quod mihi debet,* sit scriptum. Summa autem adjecta, vel re certa, potest, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti quod comprehensum est. Sic Paulus in *l. 25. b. t. Sed poterit hoc dici,* inquit, si ita *legavit, centum aureos, quos mihi debet,* vel *Stichum quem debet, heres meus damnas esto non petere. Quod si sic dixit, Heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adjecta; quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se, testator existimaverit.* Atqui multo minus dicendum videbatur, in priore formula jus petendi inesse. Nam si hæc verba, *damnas esto dare,* non obligent, quæ positiva & imperativa sunt, quomodo illa, *damnas esto non petere,* quæ tantum privativa sunt, vim majorem habebunt? Anton. Faber illa verba, *vel Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere,* delenda arbitratur, *5. Conject. 2.* Glossa, Cujacius *5. ad Afric.* aliique aliter, ex quibus satisfacere mihi non possum, sed cuperem ista verba, *quod si sic dixit,* paulum retrahi, hoc contextu; *Poterit hoc dici, si & legaverit centum aureos, quos mihi debet. Quod si sic dixit, Stichum, quem debet heres meus damnas esto non petere;* vel *heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare &c.* ut sic Pauli ἐπίκρισις, *quod mihi nequaquam placet,* ad utramque legandi formam referatur, sine ulla inductione vel emendatione, sensus eo modo perfecte constat & rationi satisfit. Sed dices, Paulum in ratione ἐπικρίσεως, quam subjicit, a verbo *dandi* petitam, respicere ad ultimum duntaxat exemplum, neque enim in priori formula id vocabulum extat. Responsio est, Paulum ideo rationem posterioris dedisse, quod hoc plus dubii contineret; nam prius exemplum, ubi testator vetuerat heredem non petere, nullam speciem actionis legatario suppeditare potest, si nihil ei debeatur; sed posteriora, *heres damnas esto, dare C. aureos Titio, quos mihi debet,* proxime ad specimen falsæ demonstrationis accedebant. Plane

ne exemplum heic esse videtur, quo adhuc aliquis usus differentiæ sit inter legatum vindicationis & damnationis; Nam hæc verba, *Centum aureos, quos Titius mihi debet, ei do lego*, petitionem producunt, etsi Titius nihil debeat; ista autem; *heres meus centum aureos, quos Titius mihi debet, ei damnas esto dare*, non aliter dant actionem, quam si revera debitum existat. Excipitur legatum liberationis, si a legatario solutum fuerit ante apertas tabulas; sed quod post apertas tabulas, ante aditam hereditatem est solutum ab ignorante debitore, id repeti potest, *l. 24. d. t.* Existimo, jure novo postquam dies legati cedere statim a morte cœpit, & non a tabulis apertis, quicquid post obitum testatoris est solutum, id jure peti posse; quia ab eo tempore fructus legati ad legatarium pertinebat.

Ad *tit. Inst. de Legatis* condixeram explicationem difficultatis, quæ est in duobus Scævolæ responsis, *l. 28. §. 4. & l. ult. §. 2. eod. tit.* Posueram, liberationis Legatum non pertinere ad remissionem actionis in Rem, per *d. l. 28. §. 4.* ubi legato liberationis a rationibus reddendis, non tollitur petitio pecuniæ, quæ apud Tutorem remansit, ut quæ jam pupillæ sit: Hoc est Scævolæ responsum. In eadem specie facti idem Scævola contrarium respondet, *in l. ult. §. 2.* ut mihi quidem alia quam communis responsio, quæ vult particulam *Non* delendam esse in *l. ult. §. 2.* quæ jam fuit Bartoli & Accursii, non veniat in mentem; Audiendum tamen, quid Thomasius adferat in schol. ad posit. 11. *l. de Legat.*

SCHOLIUM.

Remissionem actionis in rem in testamento factam, ad legatum liberationis non spectare, forte concedi potest. Sed ad hujus sententiæ probationem, l. 28. §. 4. ff. de Liber. leg. *nihil facit. Nam quod ibi actio realis detur adversus tutorem, non inde est, quod liberatio legata non spectet ad actionem in rem, sed inde, quod testatrix saltem actionem tutelæ remittere voluit. Ergo si tutor ex empto v. g. defunctæ aliquid debuisset, tamen nec actio empti, scil. ab actione tutelæ diversa, etsi æque personalis sit, remissa censeri debuisset. An vero actio in rem in testamento remitti possit, nec ne, alia est quæstio. Pro priori respondendum arbitror, quia id nuspiam est prohibitum.*

RESPONSIONI & expositioni sequentia servient.

Posteriora Scholii nemo neget, quin, si diserte remittatur actio in rem, valeat legatum, ut non tam sit legatum liberationis, quam rei ipsius.

Sed legato liberationis simplicis rem propriam Testatoris non contineri, ipse concedit, idque probatur in *d. l. ult. §. 2. h. t.* Huic opponitur *l. 28. §. 4. eod. tit.* Scholiastes ait, eam nihil ad rem facere, quod est valde inexpectatum, utpote, cum vix quispiam tolli posse contrarietatem crediderit, quam mutatione Lectionis Florentinæ. Huc tendit Thomasii responsio: In *l. ult. §. 2.* voluit Testator & remittere in rem actionem, & legare pecuniam, quæ est pupillæ. In *l. 28. §. 4.* tantum voluit remittere actionem Tutelæ, quæ personalis, & ab in rem actione plane diversa est. Favet huic responsioni textus ipse *l. 28. §. 4.* ubi sic ab initio; *Mævia testamento suo alterum ex heredibus suis actione tutelæ voluit liberari, his verbis; Rationem tutelæ, quam egit Julianus Paulus, posci ab eo nolo, eoque nomine causa omni liberatum esse volo.* Conferamus verba *d. l. ult. §. 2. Rationem tutelæ meæ, quam egit Publius Mævius, reposci ab eo nolo.* Si verba prima nihil aliud inferant, quam remissionem actionis Tutelæ, ut Scholiastes vult, & Scævola ipse declarat in *d. l. 28. §. 4.* posteriora certe nihilo plus efficient, quia sunt eadem utrobique, nisi quod priora fortius intendunt liberationem, ideoque non possunt minus inferre quam verba *d. l. ult.* In utroque textu igitur hoc est, quod actio Tutelæ remittitur: Unde patet, si lex *ult.* faciat ad rem, ut certe facit, quam male Scholiastes textum in *d. l. 28. §. 4.* nihil ad rem facere contendat, & quam ejus Responsio nihilo plus ad conciliationem faciat, quam quod D. Wissenbach. ad *h. tit.* distinguit inter pecuniam, quæ jam pupilli est, & quæ ex administratione debetur. Nam in utroque textu loquitur Scævola de pecunia, *quæ pupillæ jam est.* Huc adeo res redit, ut nihil quam in tollendo τῶ *Non*, quod est in *d. l. ult. §. 2.* præsidii superfit. Et quod ratio *d. l. 28. §. 4.* sit hæc, quia Legatum Liberationis non spectet ad actionem in rem, contra quam Thomasius. Legatum liberationis, inquam, non impedit repetitionem pecuniæ, quoniam hæc *pupillæ jam* est, ait JCtus, in quo fundamentum actionis in rem situm esse constat.

N. ADDIT.

Nescio profecto, quid hic dicere debeam, & quid accusem, an fidem an ingenium Autoris, ita hic est supinissimus error elenchi. Scholium, quod non sine ratione avulsit a debito loco Autor, apposueram ad

ad posit. II. Inst. *quæ sic sonat*. Liberatio legari dicitur, quando testator remittit vinculum obligationis, quo legatarius ipse erat obstrictus, *§. 13. l. 1. pr. de liber. leg.* Proinde non pertinet ad remissionem actionis in rem, *l. 28. §. 4. eod. Huic ultimæ assertioni opposueram Scholium. Adeoque nihil ibi in positionibus de antinomia legum Scævolæ, nec in sequentibus positionibus mentio quidem fit d. l. ult. Quas igitur comœdias hic egit, ut Scholium meum applicet ad illam antinomiam, de qua ego ne somniando quidem cogitavi, & quam se torsit, ut ad meam objectionem invertendo censuram meam, & rem miris modis implicando, aliquid respondisse videatur. Et vide saltem, quam obtorto collo initio responsionis in scenam afferatur d. l. ult.* Sed, *inquit*, legato liberationis simplicis rem propriam testatoris non contineri, ipse concedit *(bene, nam natura rei id loquitur,)* idque probatur in d. l. ult. §. 2. *Quid hoc est?* d. l. ult. §. 2. *de re propria testatoris ne apicem quidem; imo illa secundum lectionem communem probat, legato liberationis contineri actionem realem. Scholium nil aliud dicere voluit, quam quod quidem thesis concedatur, liberatione legata non comprehendi remissionem actionis realis, non vero ea probetur* per d. l. 28. *quæ saltem dicit in specie, sub liberatione ab actione tutelæ, non contineri remissionem rei vindicationis.*

Obiter, Exemplum Legati liberationis insolitatum subjiciam, quod excerpsi e testamento Petri a Camminga Domini Amelandiæ, condito *25. Octob. 1541.* his verbis; *Sorori meæ* Gratiæ lego *centum aureos, & liberationem atque remissionem omnis injuriæ, contumeliæ, damni, molestiæ & ægritudinis, quibus me agitavit.* Erat inutile hoc Legatum post C aureos, excepto damno, quia morte extinguuntur actiones injuriarum; nisi litis contestatio facta fuisset, quo casu etiam post mortem durant, ut *suo* loco dictum est.

Liberationi adversum est legatum, quo debitor legat creditori suo, quod ipsemet ei debet, qua de re diximus ad *Instit. tit. de Legat. n. 13.* Quid si Testator nihil debeat legatario? Et hac de re actum ibi *d. tit. n. 11.* ac convenit cum modo dictis, & jam dicendis.

3. De legato nominis falsi videtur Ulpianus perplexarier in *d. l. 75. de leg. 1. §. 1.* Ait enim primo, *si decem, quæ Titio debet, legavero, nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum*, quod cum iis, quæ ex *citata l. 25.* observavimus, convenit. Sed mox, *Quod si addiderit*, inquit, *decem, quæ mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato; Nam inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, multum interest.* Hoc autem directe adversari videtur ei, quod dictum ex *l. 25. Si legavit centum aureos, quos mihi debet*, id valere legatum, etsi nihil vere debeat. Accursius illum versiculum interrogative accipit, quasi proponeret JCtus, mox improbaret, in verbis, *quod mihi nequaquam placet*; sed contextus id minime fert; posteriora enim a prioribus clare distinguuntur, verbis, *quod si sic dixit*. Velim Ulpiani verba in *l. 75. §. 1.* accipere tantum de casu, quo decem, quæ Titius debet, alii legata sunt, non ipsi Titio. Nam in principio *§. 1.* ita habetur; *si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum*, idque dein distinctione exemplo liberationis legatæ explicatur; tum in *§. 2.* ad propositum casum relabitur, *quod si addiderit, decem, quæ mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato*; idque mox repetito simili exemplo rursus inculcatur; Quod si cui hæc non repetitio, sed diversa quæstionis inductio videatur, nihil profertur, quare non Paulus & Ulpianus hac parte dissenserint. Ratio autem, quare debitum certæ quantitatis alii legatum, minus valeat, quam debitori ipsi, esse videtur hæc; Nomine legato heres nihil aliud quam actiones præstare adversus debitorem, aut ipse legatarius eum convenire debet, quorum ne utrum fieri potest, ubi debitum nullum existit, sed cum ipsi debitori testator certam legat summam, quasi deberet eam, in speciem magis & coloris ergo liberalitatem suam ita demonstrasse videtur.

Quomodo tollatur legatum liberationis, dictum est *ad Inst. n. 12.* Si testator cœperit agere de pecunia debita, at nondum exegerit, Dd. statuunt legatum non revocari, quod Vinnius improbat *ad §. 21. h. t.* mihi verum videtur: nam qui rem legatam libere vendidit, sed venditionem nondum implevit rem tradendo, is non judicatur revocasse legatum, *l. 27. §. 3. de Instr. vel instrum. leg.* Si intentio sine pleno effectu, revocationem ibi non operetur, nulla causa videtur, quare hoc loco major intentionis, de qua ne penitus quidem liquet, efficacia statui debeat; maxime cum Ulpianus in *l. 11. §. 12. & 13. de Leg. 3.* a venditione rei legatæ, ad nominis exactionem differte argumentetur, *nisi forte inter hæc interest*, ait; *hic enim extinguitur ipsa debiti substantia, ibi res durat, tametsi alienata sit.* quæ verba Vinnius ur-

urget; cum exinde ſequatur contrarium. Si enim alia ſit nulla differentia, ut JCtus indicat, hæc autem huic quæſtioni nullo modo applicari queat, manifeſtum eſt, in cæteris valere argumentum a venditione ad petitionem: Atqui in petitione, quam non eſt ſecuta exactio, non extinguitur ſubſtantia debiti, proinde ratio illa diverſitatis non quadrat. Jam, hoc nimis ſubtile & cavillatorium eſt, quod Vinnius; *Adde, quod actio*, inquit, *in judicium deducta conſumitur, licet nova naſcatur judicati.* ut refellat reſponſum, quo rationem diſcrepantiæ ab Ulpiano unice indicatam, heic penitus ceſſare oſtendimus, ait, per ſolam petitionem, id eſt litis conteſtationem, extingui priorem actionem. Non eſt locus hic de tam ſubtili articulo diſputandi. Conceſſo enim, quod ſubtiliter poſt litem conteſtatam novetur actio prior: nemo tamen dixit ſanus, etiam debiti ſubſtantiam, lite conteſtata, extingui; cum ex ea tum demum efficaciſſimi effectus producantur; quin aliquando intercidente inſtantia mota, novum judicium, ex veteri ſcilicet actione & debiti ſubſtantia inſtituatur, quod quonam pacto, ſi extincta eſſet illa, fieri poſſet? Litis conteſtatio non tam dicitur novatio, quia tollit priorem obligationem, quam idcirco, quia novas obligationi qualitates induit, ut *alias* latius.

T i t. IV.

De Adimendis & transferendis Legatis.

HIc titulus non eget amplioris explicationis, quam eſt ad eundem titulum in parte *I. lib. 2. tit. 21.*

T i t. V.

De rebus dubiis.

I. In conflictu verborum & mentis Teſtatoris quid juris. II. De jure dubio, & caſu commorientium. III. Aliud dubium. IV. Quatenus in dubio liceat medietatem ſequi.

HUjus Rubricæ argumentum latiſſime omnium extendi poterat, non modo ſi omnia toto jure dubia, ſed etiam, ſi de ultimis voluntatibus, imo ſi de legatis dubia necdum ſoluta heic cumularentur. Sed huc tantum ἀποσπασμάτια & reliquiæ quædam collatæ ſunt. Ultima voluntas dubia eſt, aut ob verba teſtatoris vel ob rem ipſam. De verbis non eſt inepta quæſtio, ſi mens teſtatoris a verbis diſcrepet, mentem ne, an verba ſequi oporteat, ut ſi *veſtimenta* cum reliqua ſupellectile legare volens, ſolo nomine *ſupellectilis* ſit uſus, per opinionis errorem, putans etiam veſtes ſupellectile contineri, an tum quoque veſtes debeantur. Tubero exiſtimabat, mentem teſtatoris inſpiciendam. *Nam quorſum nomina*, inquit, *niſi demonſtrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere quod non ſentiret, ut maxime nomine uſus ſit, quo id appellari ſolet; nam vocis miniſterio utimur, cæterum nemo exiſtimandus eſt dixiſſe, quod non mente agitaverit, l. 7. de ſupell. leg.* Verborum ratio habenda non videtur, niſi quatenus mentem exprimunt, cum nihil ſint aliud quam inſtrumenta mentis exprimendæ. Inimicum rationi videtur, ubi de voluntate conſtat teſtatoris, quæ utramque in ultimis voluntatibus facere paginam dicitur, eam eludere, quia verba ex communi aliorum hominum uſu non reſpondeant aut conveniant. Teſtator putavit, auri appellatione etiam aurichalcum contineri, & ſatis conſtat, eum voluiſſe utrumque præſtari, ſatin juſte heres negabit aurichalcum, quia vox auri diverſum ſonat? Sed in hoc ipſo *tit. de ſupell. leg. l. 3. in fin.* Paulus, ſi quando teſtator per imperitiam argento adſcripſerit quod non ſit, ejus errorem facere jus arbitratur. Mulſum, zythum, hydromeli, camum, cereviſia, defrutum, cydoneum, acetum, ſunt potus genera, teſte Ulpiano in *l. 7. de Trit. vin. leg. quæ ſub vino non continentur: at hæc omnia, pergit idem, ita demum vini nomine non continentur, ſi modo vini numero a teſtatore non ſint habita.* Rurſus tamen Ulpianus in *l. 4. de leg. 1. Si quis*, ſcilicet, *cum vellet veſtem legare, ſupellectilem adſcripſit, dum putat ſupellectilis appellatione veſtem contineri*, ex Pomponii ſententia, *veſtem non contineri;* ratione adjecta, *quia rerum vocabula immutabilia ſunt, hominum mutabilia.* Idem apud Celſum in *d. l. 7. de ſupell. leg.* ſentit Servius, quia *non ex opinionibus ſingulo-*

gulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debeant. Addit autem Celsus; *etsi magnopere me Tuberonis & ratio & auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quenquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit: nam etsi prior atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte & eos, qui loqui non possunt, conatu ipso & sono quodam καὶ τῇ ἀνάρθρῳ φωνῇ, id est, inarticulata voce, dicere existimamus.* Credibile est, neque hoc Tuberonem voluisse, quia tantum in conflictu sermonis & mentis, hanc illi præferendam putabat.

Celsi quæ prævaluit sententia, hac ratione firmari potest; Proposita hominum, (λόγ☉ ἐνδιάθετ☉,) æstimatione societatis humanæ nullum habent effectum, nisi quatenus e signis externis de iis liquere potest, cujusmodi signum fere unicum est, sermo voce scriptoque probatus, λόγ☉ προφορικός. Quilibet igitur alios sua voluntate cupiens obligare; ipse tenetur eo modo verbis uti, quo in societate hominum recepta & usurpata noscuntur. Indulgemus quidem & obviam testatori solemus ire in his, quæ aliter atque aliter seu vulgo sive apud quosdam imperitiores usurpari solent, & de quibus, ut JCtus ait, ambigi potest; verum quæ dubitationem nullam recipiunt, si illa perverso modo testator expresserit, imputet sibi, quod voluntas ipsius exitum non sortiatur, quia sic comparata est, ut obligandis aliis ex instituto generis humani idonea non sit. *Qui aliud dixit quam vult*, ait apposite ad hanc rem Paulus in *l. 3. de Reb. dub. neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia non loquitur*, ac ita se ipsum involvit, ut nihil dixisse videatur. Secundum hoc necessum est, ut dicamus, *in d. l. 4. de vino leg. & l. 3. de supell. leg.* ejusmodi abusiones verborum a testatoribus esse commissas, quæ ex usu saltem imperitorum hominum, aliam interpretationem atque significationem reciperent, tametsi non omnino in singulis articulis eorum textuum, collatis cum *d. l. 7.* videar satisfacere mihi posse.

2. Teneamus igitur de verbis hanc regulam, ut si ullo modo cum mente testatoris conciliari possint, secundum mentem explicentur, ac ita, actus valeat potius quam pereat, *l. 12. l. 21. l. 24. h.*

Ut in dubio præsumatur Testator locutus ex more Patriæ suæ, *l. 18. §. 3. de Instr. & Instrum. leg. l. 19. pr. de C. & D. l. 19. §. 1. ad Sc. Trebell. l. 9. de supell. leg.*

Si prorsus usus hominum abhorreat ab eo, quod testator voluisse creditur, tunc neque hoc fit, quod defunctus voluit, quia hoc non dixit; neque id quod dixit, quia hoc non voluit, ut modo ex *l. 3. h. t.*

3. Dubii a parte rei exemplum, est in *l. 9. §. 1. & seq. h. t.* in casu, quo parens una cum filio periit, & quæritur, uter supervixerit. Resolutio est, pariter mortuos credi, nisi aliud conjecturæ suadeant, *l. 16. & seq. h.* nam filius pubes patri, parens impuberi supervixisse creditur, *d. l. 9. §. 1. & ult.* Item, favore patroni libertus filio supervixisse creditur, ut patrono locus in successione detur, *d. l. 9. §. pen.* Denique in casu fideicommissi sub conditione relicti, Si sine lib. decedat, filius censetur præmortuus, ut locus fideicommissario detur, *l. 17. §. pen. h.* Adde quod dixi ad *tit. I. de Pupill. subst. n. 9. sub fin.* Sed est hæc res tam variis naturæ fortunæque casibus & conjecturis obnoxia, ut difficillimum, imo τῶν ἀδυνάτων sit, eam in universum terminare. Pulcherrimum ea de re locum & exempla, habet Mornacius ad *l. 26. ff. de Pact. Dotal.*

4. Inter dubia & hoc poni meretur; Legatum alicui relictum est, cum quatuordecim annorum erit, tempus naturaliter computatur & implesse oportet annos 14. antequam peti possit, *l. 40. de Legat. 1.* Quid si relictum sit fideicommissum, cum pervenerit ad annum XIV? Idem juris est, *l. 48. de C. & D.* Fieri tamen potest, ut ex meritis & æquitate circumstantiarum, aliter sit respondendum, ut fit in *l. 74. §. 1. ad Sc. Trebell.* quam superioribus non putem adversari, licet aliter D. Wissenbach. ad *tit. de Legat. 1. th. 18.*

5. De rebus dubiis est etiam hæc observatio, quod aliquando medietatem sequi licet, si quando alius non datur exitus, ut factum ab Impp. *in l. 40. de Hered. inst. §. ult. I. de Vulg. subst.* An idem liceat JCtis & Judicibus, merito dubites, scilicet, ut res ex æquo ob ancipites rationes inter litigantes dividatur? Baldus id negat; esse enim rusticum aut cerebrinum & a juris arte alienum, Ita & Gl. *ad l. 34. de Neg. gest.* Bartolus contra, id æquum censuit *ad l. 1. §. nec castrense. ff. de coll.* Bartoli sententiam præfert Mornacius *ad d. l. 34.* Distinguendum videtur, inter medietatem rei faciendam inter litigantes, & medietatem, quæ est in thesi alicujus ambiguæ quæstionis. Hujus enim

enim frequentissima in jure sunt exempla, ut in *l. 3. Si pars Hered. pet. §. 25. Inst. de A. R. D. l. 40. de Hered. inst.* Verum ut in hypothesi res inter partes dividetur, non videtur esse judicis, sed ad Principis spectare dispensationem, ut in *d. l. 40. de Hered. Inst.*

Tit. VI.

De his, quæ pœnæ causa relinquuntur.

I. Remissio. Pœna duplex. II. Facilitas judicum in ejus executione. III. Pœnam nullo modo extendi posse, ultra quam præcedens dispositio ferat. IV. Species altera pœnæ illicita, quare. V. Illicitas esse, quæ libertati officiunt.

Exposita est hæc Rubrica *ad tit. Inst. de Legat. n. 32. pag 245.* Pœna legatis vel institutionibus adjici solita, duplex est; una, ut melius impleatur voluntas, altera, ut heres coërceatur. Prior & est & fuit olim licita, *l. 1. in pr. de pen. leg.* nisi justa causa sit excusationis, Sand. *l. 4. tit. 6. def. 1. vers. hac ita.* in qua probanda faciliores sunt judices, maxime, si clausula pœnæ sit generalis; quo facit sequens exemplum.

2. Testatrix prohibuerat supellectilem vendi, idque *in memoriam suam.* In fine testamenti pœnam subjecerat, ut si quis imperata non faceret, beneficium testamenti amitteret. Heredes supellectilia diviserant inter se, non vendiderant auctione publica, ut plerumque fit apud nos. Deinceps unus heredum, suam partem mobilium vendiderat. Coheredes agebant ex clausula pœnali ad totam portionem ejus hereditariam. Non visum est Curiæ nostræ, tantam huic clausulæ generali vim tribuere in re tantilla, præsertim cum prima divisione venditionem, ad quam maxime Testatrix spectasse videbatur, exclusissent: præter quod prohibitæ alienationi, satis in rebus soli molestæ, effectum infinitum tribuere absurdum videbatur. Heres igitur venditor absolutus est. in causa *Meinert Egberts, contra Grietje Jans, d. 28. Jun. 1680.*

3. Non potest etiam clausula pœnalis ullo modo extendi, ultra quam præcedens dispositio ferat. Testatrix binos fratres binasque sorores heredes instituerat: alteri autem sorori, alterique fratri alienationem interdixerat; deinde subjecerat pœnam: *si fratres sororesque contra voluntatem suam facerent, beneficio Testamenti privarentur.* Frater, cui non erat prohibitum, alienaverat. Soror ad pœnam agebat, eo quod pœna ad omnes pertineret, Ergo & prohibitio, cujus gratia pœnam adjecerat. Sed merito rejecta est, quia pœna non est nova dispositio, verum ad dispositionem se refert. In causa *Scheltonis a Passenrode*, contra *Georgium Liaukema. d. 15. Jul. 1643.* apud Nautam.

4. Altera pœnæ species olim erat illicita; quia legata benevolentiæ non odii causa relinquuntur: hodie valent, nisi turpes aut impossibiles sint, quæ vitiant legatum, *§. ult. h.* Turpis & olim erat *pœna*, si nuptiæ secundæ Uxori vetarentur, hoc modo; si nupserit Uxor, mille aur. dato, *l. 22. & 64. de C. & D.* junct. *l. 61. eod.* sed nonne hodie tale legatum valebit, quia per modum conditionis id uxori cum effectu injungi potest, *Nov. 22. c. 44.* junct. *§. ult. I. de Leg?* Ita videtur.

SCHOLIUM.

Non tamen virgini; Brunnem. ad tit. C. de ind. vid. Perez. ibid. n. 8. 9.

5. Inter illicitas sive turpes pœnas, etiam reputabant Veteres, si quæ libertatem onerarent; quod maxime in Patronis improbabatur, qui libertis suis quædam injungere solebant, quibus premerent ac onerarent eorum libertatem, *l. 22. de oper. libert.* ut libertus timeat suum Patronum eique obtemperet, *l. ult. in fin. Quar. rer. act. non dat.* Qualis *si me offenderis*, tantum dabis. propter quem metum libertus quidvis, præcipiente Patrono, sustineat, *l. 1. §. 4. eod. tit.* Ideo tales promissiones sunt inutiles, *d. l. 1. §. 5. & l. 32. de oper. libert.* Quare nec ejusmodi Legatum peti poterit; *Heres si me offenderit, Cajo* vel *Titiæ centum dato*, per *dd. ll.*

TIT. VII.

De Regula Catoniana.

I. Qualis hæc regula, & quare non nisi ad puras dispositiones pertineat. II. An & in contractibus. III. An Legatum rei propriæ per alienationem convalescat.

REgula Catoniana, incertum a quo Catone, plures enim fuere, dicta, sic ait; Quod Legatum, vel quæ heredis institutio inde *ab initio* facti testamenti *non valet*, *hac vel illa deinceps convalescere non potest*, *l. 1. h.* Pertinet autem ad pura Legata & institutiones, non ad conditionalia, *l. 4. h.* quia quod a conditione suspenditur, cum sit incertum, ex initio æstimari non potest; Eadem ratio est in Legatis, quæ in diem incertum relinquuntur, cum dies incertus pro conditione habeatur, *l. 75. de C. & D.* Hinc etiam petenda ratio, ut videtur, quare hæc regula non pertineat ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem, *l. 3. h. t.* quod novis legibus, quæ in *l. ult.* dicuntur, introductum; Legibus scilicet caducariis Julia Papia & Norbana; quibus dies cedebat ab apertis tabulis, sive adita hereditate, quod tempus etiam est incertum nec antea peti potest. Ulpian. *in fragm. tit. 24. §. Legatorum.* Paul. *3. sent. tit. de Legat. l. 44. §. 1. de Bon. libert.* Tu dices; Tempus mortis Testatoris etiam est incertum, & si legatarius ante eam moriatur, nihil etiam peti potest. Sed facilis responsio; Tempus mortis est ipsum illud, quo testamentum vires capit, adeoque præsens est tempus, nec usquam pro incerto habetur aut haberi potest: Sed immediate connectitur cum Testamenti factione, cujus tempore si non valuerit legatum aut heredis institutio, non potest quoque tempore mortis valere, quoniam, ut diximus, hoc cum illo, sine medio cohæret.

2. Hujus Regulæ instar, pertinet etiam ad contractus, *§. 2. Inst. de Inutil. stipul. l. 83. §. 5. de V. O.* non tamen usque quaque, vid. *l. 12. & seq. de Reb. Cred.*

3. De re Legatarii propria legata, quæ vivo testatore a Legatario alienata est, diximus *ad §. 10. Inst. de Legat. n. 45.* Lex *1. §. ult. h.* agit vel de legato conditionali (a), vel ἀντινομία est.

SCHOLIUM.

*(a) Quod verius puto: * quamvis ad Strauch. inclinaverim in eorum sententiam, qui dicunt subesse antinomiam.*

TIT. VIII.

De his, quæ pro non scriptis habentur.

I. Quænam pro non scriptis habeantur & effectus eorum. II. De his, qui sibi adscripserunt.

PRo non scriptis habentur, quæ per se & ab initio inutilia sunt, ut ea, quæ personis incapacibus palam, relinquuntur, *l. 3. pr. h.* qualia penes heredem manent, ut & ea, quæ quis ipse sibi adscripsit, *l. 1. h.* item, si legatarius in vivis non fuerit, *l. 4. h.* & quæ intelligi nequeunt, *l. 2. h.* Cæterum, quæ clam personis incapacibus relinquuntur, ea cedunt fisco, *l. 1. de jur. fisc.* Quæ palam, ea penes heredem remanent. Cujac. *7. observ. 21. vid. d. l. 3.*

2. Sibi autem videtur adscribere, qui etiam ex ore dictantis Testatoris scripsit, *l. 3. C. de His, qui sibi adscrib.* nisi filius heres etiam ab intestato futurus, ex ore Patris se heredem scripserit, *dulci functus officio*, ut habetur *in l. 1. h. t. C.* quam veniam non habet maritus respectu uxoris, sed hic non modo excidit eo, quod sibi relictum, sed etiam Legis Corneliæ pœna tenetur, *l. 4. d. tit. C.* ut & reliqui omnes, nisi falsi pœna justa ex causa remittatur, *l. 3. in fin. & seqq. eod. tit.* Pœna falsi, si de dolo non constet, vix est ut hodie locum habeat, sed pro non scripto haberi tale Legatum, dubium non est. Idemque locum habere, nec dubitavi de facto consultus, postquam aliquis ex ore Testatoris sibi legatum adscripserat, in scheda, ex qua Notarius composuerat Testamentum. Quippe, cum idem in eo sit metus falsitatis eademque causa adscribendi. Proinde si Testator scriptorem Testamenti vel codicilli augere velit, hoc eum sua manu adscribere oportet,

* Et quod verius esse, eleganter demonstravit Franciscus Balduinus *de Regula Catoniana p. m. 54.* editionis ab Hamburgero curatæ, qui hoc opusculum cum Jo. Strauchii *dissertat. de Regula Catoniana Jenæ 1715.* recudi fecit.

l. 2.

l.2. d. tit. C. Secus esse in Testamento nuncupativo coram testibus facto & dein ab herede vel Legatario scripto, sentiunt Mantica *de conject. ult. vol. l. 1. tit. 6. n. 5. 7.* Peck. *de Testam. conjug. l. 3. C. 10.* Fab. *ad lib. 9. C. tit. 14. def. 1.* Perez. *ad d. tit. C. n. pen.* secundum quos judicatum esse in Suprema Holl. Curia testatur Grœnewegius *ad d. tit. C.* quod evenerat, cum Wilhelmus Arausionum Princeps Pater Gloriosissimi Magnæ Britanniæ Regis *Wilhelmi III.* primum Hollandiæ Præses Tribunal conscendisset *23. Januar. 1648.*

TIT. IX.

De his, quæ ut indignis auferuntur.

I. Quid indigni. II. Causa indignitatis respectu Testatoris. III. Respectu Testamenti. IV. Aliorum delictorum respectu. V. Esse causas, quæ non dant locum Fisco. VI. Usus hujus tituli.

INcapaces sequuntur indigni, qui per se capaces ob maleficium, eo quod ipsis relictum est, privantur, quod fit plures ob causas, quæ non incommode ad tria genera reducuntur; ut sumantur vel testatoris, vel testamenti, vel alterius delicti respectu.

2. Ratione Testatoris indignus est, cujus dolo negligentiave dolo proxima defunctus interiit, * *l. 7. §. pen. de Bon. damn. l. 3. b.* Si necem ejus non sit ultus, qua de re vidimus *ad tit. de SC. Silan.* Si bona viventis aut partem eorum alienaverit, *l. 2. §. ult. b. t.* Si Testatori statum controversiam moverit, *l. 9. §. ult. b.* Quod ad ultionem attinet, hac causa plerique publicationem moribus hodiernis cessare volunt, adeo ut etiam transigere de cæde heredibus sit innoxium, Grot. *3. Introduct. p. 4. n. 10.* Christinæ. *vol. 1. decis. 152. n. 2.* Zypæ. *not. jur. Belg. de Transact. vers. Accusare. & vers. Transactio.* Carpzov. *pract. crim. P. 1. Quæst. 34. n. 72. ad fin.* Mutationis hujus duplex est ratio. Prima, quod persecutio vindictæ ad sanguinis pœnam, mansuetudini Christianæ parum convenire videatur. & altera; quod Accusatio non pateat hodie privatis, sed a Republ. & solo Procuratore Generali exerceatur.

3. Ratione Testamenti pro indigno habetur, I. Si Testamentum sit factum herede legatariove cogente, vel prohibente mutari, qua de re *superius* actum *Tit. Si quis aliq. testari coëg.* II. Si quis testamentum dixerit falsum vel inofficiosum & succubuerit, *l. 5. & l. 7. b.* adde *l. 15. b.* III. Si filius emancipatus petierit bonorum possessionem contra tabulas, & ex substitutione impuberis adierit hereditatem, *l. 2. in pr. b.* Non jure factum impune licet arguere testamentum, *l. 5. §. 1.* idque etiam post legatum perceptum, *pr. d. l. 5.* ubi traditur, & falsum licere dicere postea, sed eum periculo amittendi legatum. Inofficiosum vero prorsus, legato percepto, dicere non licet, *d. pr. in fine.* Denique, si quis Testamento auctus, clam rogatus sit incapaci id relinquere, quod relictum est, Fisco vindicatur, ut diximus *ad tit. præced.* Referatur huc etiam casus *l. 12. b. t.* In priore testamento scripti sunt heredes capaces, in secundo incapaces: Secundum, scilicet, ipso jure non valet, ideoque prius non rumpitur, sed summo jure valet: attamen heredibus in primo testamento scriptis, bona tanquam indignis auferuntur, quia non habent ultimam testatoris voluntatem: Ideoque bona publicantur, salvis tamen legatis, *d. l. 12.*

5. Delicta alia, quæ causam indignitatis præbent, sunt. I. Adulterium vel Stuprum cum defuncto defunctave commissum; etiam in militari testamento, *l. 13. in fin.* cum *l. 14. b. t.* II. Si quis duxerit adulteram, vel nupserit adultero, convictis, aut saltem accusatis, *d. l. 13. b.* III. Si quis duxerit uxorem quovis modo Lege prohibitam, *l. 2. §. 1. b. l. 1. Unde Vir & Uxor. l. 4. C. de Incest. Nupt.* qua de re Sandius *lib. 4. Decis. tit. 4. def. ult.*

5. Ob has causas fiscus admittitur, *l. 2. & seqq.* Sunt tamen & aliquæ causæ, ob quas amittitur quidem, at non confiscatur legatum, ut si tutor

* *P. 3. C. El. 16.* Conjugem, qui alterum malitiose deserit aut ultimo morbo decumbentem negligit, etiam portione statutaria ac lucris ex bonis defuncti, per pacta dotalia, statuta ac consuetudines locales percipiendis indignum declarat, eaque heredibus desiderantibus, non vero fisco, vult cedere. Legatum tamen postea (nachfolgends) conjugi relictum ei præstari ac pœnam indignitatis cessare jubet, si conjux ignoverit injuriamque remiserit. Add. Carpz. *ad d. C. def. 1. 2. 11. n. 19.*

se excusaverit a tutela, propter quam honoratus erat legato, *l. 5. §. 2. h. t.* adde *l. 9. h. t.* ubi nota oppositas sanctiones, *ut legatum ab eo peti non possit.* iterum, *ex qua specie statim fisco deferuntur:* denique in *l. ult. inf. Non fisco hoc vindicatur; sed apud eum, a quo relictum est, remanet.* Forte etiam huc pertinet, quod libertus carere dicitur legato, relicto ipsi a patrono, quem illicitæ mercis negotiatorem detulerat; nam propter quod præmium meruit a fisco, vix est ut eidem obnoxius videri possit, *l. 1. h.* junct. *l. 2. pr.* Huc etiam referri debet, quod *ad tit. de Her. inst. n. 5.* plena manu tractavimus, de Curatoribus, & Custodibus minorem annis 25. Nam legata hereditatesque illis relictas, non cedere fisco, sed remanere penes heredes, probatum est; si non ad ordinem incapacium potius illa species, quam ad indignos referenda videtur; Quod etiam de Collegiis prohibitis, maxime apud nos, pontificiorum ad eundem titulum n. 4. demonstratum est.

6. Quin etiam promiscue omnes indignos pro incapacibus esse habendos, iisque relicta pro non scriptis haberi tradit & multa autoritate probat Grœnewegius *ad tit. C. de His, quæ ut indign.* Sed quod inter Auctores ejus mutationis refert Sandium *d. l. 4. tit. 4. def. 5.* minus recte fit. Ait enim ille, Curiam nostram in casu Legati relicti ab illegitimo Conjuge, Procuratori Generali mandasse, ut tueretur jus Fisci; hoc ipso, addit, satis innuentem, jus Fiscale in Frisia hac in parte non omnino esse abrogatum. Nostra memoria Fisco adjudicata est hereditas cujusdam *Sakle Kuirds*, quem heres *Hanso Johannis* interfecerat *anno 1663.* Recentius exemplum est Legatarii, qui probatus erat adulterii consuetudinem habuisse cum Testatrice, & declaratus est indignus legato, idque Fisco adjudicatum, in causa Procuratoris Generalis contra *Jacobum e Kikol d. 20. Decembr. 1684.* Manet igitur usus hujus tituli *ὡς κεῖται.*

LIB. XXXV.

Tit. I.

De Conditionibus & Demonstrationibus & Causis & Modis eorum, quæ in Testamento scribuntur.

I. Conditiones impossibiles esse, quæ in se tales sunt, non respectu legatarii. II. Quid in concursu plurium conditionum. III. Cautionem Mutianam præstari quoque heredibus legitimis. IV. Jus petendi aliquando esse & e Legato conditionali. V. De conditionibus tacitis. VI. De die legatis adjecto. VII. De conditione, si nupserit alicujus arbitrio. VIII. Demonstratio & Causa, remissive. IX. De modis & eorum effectu. X. Quid si nequeant impleri. XI. De Conditione pluribus imposita & a nonnullis impleta. XII. De tali, quæ jam est impleta, priusquam imposita.

De conditionibus ultimarum voluntatum jam bis actum est, *ad tit. Inst. de Hered. inst. n. 6. & ad tit. ff. de Condition. instit.* Ideo nihil heic quam singularia pauca notabimus. Primo, impossibilem conditionem haberi illam, quæ per se repugnantiam a natura vel jure implicet, non quod impossibilis fit ei, cui injungitur, modo ab alio possit impleri: ut si spadoni legatum relinquatur, sub conditione, si filium procreaverit, vel homini octuagenario, si post L. annos monumentum testatoris fecerit. Proinde ejusmodi conditio vitiat legatum, per *l. 4. §. 1. de Statul.* ubi hæc conditio, *Si heredi* MILLIES *dederit.* Millies scil. *sestertiûm.* Singula sestertia plus 30. imperialibus efficiunt. Nam *sestertium* est mille sestertii. Quanti sestertius fuerit, ex denariis, qui multi hodieque supersunt, patet. Solent haberi pro *sex stuferis*, quales 50. in thalero *imperiali;* sed veteres denarii consulares & triumvirales inprimis, plus octo stuferis valent: Verum ponamus cum Gronovio *sex stuferos.* Denarius habet quatuor sestertios; Ergo singuli sestertii faciunt sesquistuferum; Et sic mille sestertii florenos 75, qui sunt imperiales sive coronati *triginta.* Sestertium in neutro genere, tenet mille sestertios. Ergo sestertia mille sunt florenorum *septuaginta quinque millia*, sive triginta millia imperialium. Quando ponitur *millies*, constat eam summam centies multiplicari. Ergo jussus dare *millies*, debet tres milliones,

nes, five tricies centum millia Imperialium. Servus igitur libertate donatus *fi millies dederit*, fietne liber tanquam impoffibili conditione, an non fiet, ut deficiente conditione? Refponfum eft, liberum non fieri, *d. l. 4. §. 1. de Statulib.* quia non eft res impoffibilis, *millies* dare, nifi ei, qui non habet, in argento vel fide: Quomodo Cæfar adhuc privatus, ultra fubftantiam bonorum fuorum milliones fex imperialium mutuo acceperat, ficut ipfe calculos ponit *apud Suetonium*, ubi: *Bis millies opus mihi, ut nihil habeam.*

2. Ubi plures conditiones disjunctim funt impofitæ, non omnes, fed ultima duntaxat fpectatur, *l. 87. & feqq. h. t.* fecus ac in heredis inftitutione, ubi quæ prior exftitit, inftitutionem facit puram, *l. 17. de Cond Inft.* Hinc legatum in prima parte teftamenti pure, dein fub conditione relictum, conditionale cenfetur, *l. 89. h. t.* heredis inftitutio pro pura habetur, *l. 27. §. 1. de Her. inft.*

3. Conditio non faciendi, Legatum non fufpendit, fed petitionem dat continuo, fub conditione Mutiana, fic a Mutio Scævola ejus inventore dicta, de reftituendo, fi fecerit, quod facere prohibitus eft, *l. 7. in pr. h.* Eaque cautio præftatur ei, ad quem, deficiente conditione, hoc legatum eave hereditas pertinere poteft, *l. 18. h.* Quid fi heredi ex affe conditio non faciendi adfcripta fit, an admittetur ad hereditatem fine cautione? Ita cenfet Wiffenbachius nofter *ad h. tit. th. 5.* Adeoque *legitimis heredibus ab inteftato venturis, hanc conditionem præftari non oportere contendit*, Bachovium fecutus ad *Tr. vol. 2. difp. 13. lit. G. fub. fi.* motus ad hoc duobus textibus, *l. 7. §. 1. h. t. & l. 4. §. 1. de Condit. Inft.* qui tamen non fufficiunt ad regulam generalem *d. l. 18.* ab heredibus legitimis alienandam. Hoc enim e textibus objectis colligitur tantum, fi conditio non faciendi implicet contradictionem, non effe locum cautioni. Ita hæc conditio; *Maritus heres efto, fi dotem, quam ei promifi, non petierit; τὸ ἀδύνατον, impoffibile*, implicat; Nam unde nifi ab herede petet dotem? Ipfe autem folus eft heres. Ergo nulla petitio, nec ulla cautio habet facultatem. In *l. 4. §. 1. de Condit. Inft.* fic habetur; Heres ex affe, fcriptus fub conditione, *fi fervum hereditarium non alienaverit*, fub impoffibili conditione inftitutus videtur. Cur ita? Rationem reddit Cujacius, quia fervus, *hereditarius*, non nifi jacente hereditate, vocatur. Quando unus igitur eft heres, impoffibile eft, ut poft aditionem fervus fit hereditarius: Sed refpectu coheredis id ufum habere poteft; Ideoque tum præftatur cautio. Placeat hæc refponfio; licet eam Bachovius *d. loco* cavillatoriam appellet, ipfe cavillatorum coryphæus. Enimvero etiam quod heres legitimus hanc cautionem accipiat, patet ex *Nov. 22. c. 44.* ubi mulier heres fcripta, *fi non tranfierit ad fecundas nuptias*, heredibus ab inteftato venturis cavere cogitur, fe non effe iterum nupturam, & fi nubat, bona refiituturam.

4. Legatum igitur fub conditione non faciendi relictum, ftatim, ita ut dictum, peti poteft. Imo, generaliter ex jufta caufa dabitur judicium de Legato conditionali, ut condemnatio fiat, etiam ante conditionem exiftentem, fi forte teftes jam mihi fint, qui tempore conditionis exiftentis poffint non effe; At executio usque ad diem impletæ conditionis differenda eft, *l. 40. ad L. Aquil.*

Si tempus implendæ conditionis non fit adjectum, poteft eam Legatarius, quandocunque adit, implere, *l. 10. h.* Cæterum, fi non impleat, deficit legatum, ut dixi *ad tit. de Condit. Inftit.*

5. Poffunt etiam tacite adjici conditiones, veluti, quando teftator legat fructus ex fundo certo nafcituros, *l. 1. §. f. h. t.* fi enim nihil natum fuerit fine facto vel culpa heredis, nihil debebitur, *l. 37. de V. O.* At eo cafu Legatum, quod ad tranfmiffionem attinet, conditionale non eft, quia conditio non e teftamento, fed extrinfecus accedit, *l. 99. h. t.*

6. Diem heredis inftitutioni adjici non poffe, dictum eft alias, ratione *l. 7. de R. J.* quæ ceffat in legatis, adeoque illa diei adjectionem non refpuunt, *h. tit.* Sed dies incertus pro conditione habetur, *l. 75. h.* nifi præftationi duntaxat apponatur, *l. 26. §. 1. Quand. dies leg. ced.* nec tantum incertus habetur dies, de quo plane non conftat, an & quando fit exftiturus, fed etiam, cum certum eft, quando, incertum, an fit exftiturus; imo etiam, cum certum eft quod fit exftiturus, incertum quando, veluti cum Cajus heres morietur, *l. 4. pr.* nempe, fi legatum alii fit relictum, quia tunc manet incertum, an Cajus vivo altero fit moriturus, fecundum *l. 4. pr. Quand. dies. leg. ced.* Quod fi hereditas aut legatum alicui relinquatur, cum ipfe morietur, hoc purum eft, *l. 79. h.* non obft. *l. 9. C. de Her. inft.* ubi adjectio cum morietur, non ad honoratum, fed ad tertium referri debet, licet aliter Gothofr. *ad d. l. 9.*

7. Notandus etiam cafus *l. 72. §. 4. h. t.* Legatum Sejæ relictum eft, fub conditione, fi arbitra-

tu Titii nupserit, conditio impleta censetur, *si nupserit Seja*, licet arbitratu Titii neglecto; ne sit in alterius potestate nuptias impedire, & videtur hæc esse ex earum numero, quæ libertati nocent, adde *l. 134. pr. de V. O.* de quibus *ad tit. de his, quæ pœn.* Tu vide *l. 28. pr. h. & d. l. 72. §. 4.* Aliud esse, monet Grœnewegius ad *d. l. 72. §. 4.* si Legatum relictum sit sub conditione, *si cum consensu vel consilio Titii nupserit*, ex Grasso *recept. sent. §. Legatum. Quæst. 50. n. 11.* Mantica de *conject. ult. vol. l. 11. tit. 18. 19.* Peckio de *Test. conjug. l. 1. c. 24. n. 6.* Auctores illi de consilio loquuntur, quod est diversum a consensu. Consilium est commendationis potius, quam præscripti. A consensu alterius quam qui Legibus injungitur, matrimonium suspendere fas non censetur, ne quidem ut ab ipsis Parentibus, liberis suis, post mortem illorum, quicquam præscribatur, *d. l. 134. in pr. & l. 72. §. 4. l. 28. pr. h. t.* Proinde nec si a Curatoris consensu nuptiæ suspendantur, legatum aut institutio deficiet, tametsi consensus Curatoris omittatur, *arg. l. 8. C. de Nupt.* junct. *dd. ll.* quæ res frequenter usu venit, tam in locis, quibus Curatoris consensus est necessarius, ut apud nos, ubi valet conditio, quam ubi non requiritur, ut apud Batavos.

8. Sequuntur in Rubrica Demonstrationes & Causæ, de quibus dictum satis *ad Inst. de Legat. n. 28. & seqq. pag. 243.*

9. Tertio loco ponuntur in Rubrica Modi, qui sunt adjectiones, quibus Testator usum & scopum rei legatæ designat, veluti, ut *Cajam alat*, ut hoc aut illud *fiat*. A conditione ita fere discernitur, quod conditio per *SI*, modus per UT exprimatur, *l. 17. §. ult. h. t.* Effectus modi est, ut legatarius, antequam accipiat legatum, caveat, se modum esse impleturum, quo non facto, heres vi cautionis repetit, quod illi præstitit, *l. 10. h.* verum cogi, ut accepto legato, modum impleat, non potest legatarius, utique non ab eo, in cujus favorem modus est adjectus, *l. 92. h.* Sed hodie hi, quibus aliquid sub modo relictum est, quasi ex fideicommisso agere possunt, *l. 2. C. de his, quæ sub mod.* Quin & olim extra ordinem is, qui agnoverat legatum, compelli potuisse videtur, per *d. l. 92.*

10. Debet autem modus sine dubio præcise impleri, modo per testatoris verba possit. Quid enim, si is jusserit monumentum sibi fieri, ad exemplum ejus, quod est in tali loco, idque sub pœna, ubi nullum reperiatur? Monumentum quidem omnino faciendum est, at si exemplum illud, cujus ideam testator habuit animo conceptam, ignoretur, faciendum est secundum substantiam & dignitatem defuncti, *l. 27. h. t.* Sic etiam, si modus per Legem civitatis non sit licitus, in alium usum quam proxime ad voluntatem testatoris accedentem, pecunia destinata converti debet, *l. 16. de Usufr. Legat.* Pari modo Legatum Ecclesiæ relictum, sub modo secundum ritus ejus Ecclesiæ prohibito, nihil causæ est, quare non ad alium maxime similem usum legatum sit applicandum. Nec aliud dicendum, si modus initio fuerit licitus, dein reformatione in melius facta illicitus evaserit; Legatum neutiquam intercidit, nec in profanos usus converti potest, verum manet Ecclesiæ in usus pios custodiendum. Hæc accedunt ad πολυθρύλλητον quæstionem, quæ jam consenuit: fiunt enim controversiarum, sicut aliarum rerum, certæ incertæve periodi.

11. Subjiciemus adhuc duas observationes. Prima: Sæpe fit, ut conditio pluribus personis uno verborum contextu imponatur. Quidam ex honoratis implent conditionem, quantum in ipsis est, an hi relictum pro sua parte petere possunt? Dicendum est, posse; modo res eam facultatem recipiat, ut separatim impleri possit, eoque si potis est, inclinandum, ut qui suam partem implet, admittatur, *l. pen. §. 1. & 2. h. t. l. 57. §. 1. vers. quod si uterque. D. ad Sc. Trebell.* Et quidem plerumque facti conditio, veluti, *si Romam iverint*; *si insulam ædificaverint*; omnino est individua; Proinde si unus non impleverit, nemo admittitur; secus est in conditione dandi pecuniam; qui suam partem oneris solverit, pro parte sua honoris admittitur, *l. pen. pr. §. 1. & 2. de C. & D.*

12. Si jam factum est, quod conditionis loco ponitur, an relictum peti potest, quasi conditione impleta, an secus quasi non impleta? Sic distinguendum: Aut testator ignoravit, impletam esse conditionem, aut scivit: Si ignoraverit, conditio pro impleta habetur; Si scivit, rursus distinguitur, Aut id potest iterum fieri, veluti, *si navis ex Asia venerit*, *si nupserit*: aut est ejusmodi, ut semel tantum fieri possit, veluti; *cum pubes erit.* Hoc casu conditio pro impleta habetur; sed priori expectandum, donec iterum impleatur, *l. 10. §. 1. & l. seq. l. 68. de C. & D.* Pac. *h.* Sand. *4. 6. 3.*

TIT.

TIT. II.

Ad Legem Falcidiam.

I. Remissio. Harmenopulus notatus. II. Ratio deducendi Quartam pressius exponitur. III. Specialiter in Legatis annuis & usufructu. IV. An consilium Imp. quod est in §. 2. in f. l. h. t. *sit abolitum* in Nov. 1. c. 1.

LOcum de Lege Falcidia *ad Inst.* titulo παραλλήλω executi sumus, ubi *a princ.* Dionem, historiam latæ legis hujus memorantem, ab errore, contra Balduinum, vindicavimus. Rectius Harmenopulum aliquis reprehendendum putet, qui *lib. 5. tit. 9.* Φαλκίδιος λέγεται παρὰ τῷ νόμῳ, inquit, ὅταν ἐκ κοινοῦ τινος πράγματος εἰς ὃ μετέχουσι πολλοὶ, μέρος τι τούτων ἑκάστῳ τῶν μετεχόντων εἰς αὐτὸ δίδωται, id est, *Falcidia in jure ascitur, quando ex re quapiam communi, cujus plures sunt participes, aliqua pars cuique eorum, qui habent communionem, tribuitur.* Apparet, sub Falcidia Græculum complecti Legitimam, de qua prope sola in illo titulo: & est verum, in Jure legitimam quandoque Falcidiam vocari, *l. 8. §. 11. de inoff. testam. l. 4. C. eod.* Etiam Quarta Pegasiani vel Trebelliani SCti Falcidiam novimus appellari, *l. 1. §. 19. ad SC. Trebell. l. 11. de Leg. 1. & alibi.* Sed tametsi tam generaliter abusus magis quam usus vocis extendatur, nulli tamen in mentem venit JCtorum veterum ita definire Falcidiam. Quin nec ita voce accepta, definitionem Harmenopuli quisquam adhuc obscuritatis & ineptitudinis excusaverit.

2. Quo pacto Legis Falcidiæ ratio ponenda sit, tractatum est ad *§. ult. d. tit. Inst.* Præterea sciendum, imputari in Quartam non omnia, quæ heres ex voluntate defuncti adeptus est, sed tantum quæ jure hereditario, *l. 74. l. 76. & l. 91. h. t.* nisi ab ipso, cujus damno vult uti Falcidia, aliquid percipiat, *l. 22. eod.* Tum deductio fieri debet ab omnibus rebus legatis, non ab iis, quas voluerit heres, communes enim fiunt legatæ res inter legatarios & heredes, pro portione Falcidiæ, *l. 49. D. h. t.* ita ut respectu legatariorum ipso jure minuantur, *l. 73. §. ult.* Si tamen ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, uni scilicet legatario, si is petat reliquas plene, per doli exceptionem potest retineri Quarta, etiam pro his, quæ jam data sunt, *l. 16. in pr.* quod si heres omnia tradiderit, ignorans vires hereditatis, consequi potest, ut sibi restituantur, ac si malit, potest vindicare partem rei legatæ, quatenus ad quartam explendam erit necessum, *l. 26. h. t.* Rectius tamen faciet, si exigat satisdationem a legatario, ut, si apparuerit, eum amplius legatorum nomine cepisse, quam per legem Falcidiam capere licebit, quanti res erit, tantam pecuniam det; quæ cautio non tantum committitur, si legaverit ultra dodrantem, sed & si ob emergens æs alienum hereditas ita imminuta sit, ut legata superent dodrantem ejus, quod superesse deprehenditur, *l. 1. pr. & §. 11. Si cui plus quam per L. Falc.* de quo mox. Quod si gnarus virium hereditatis solida legata solverit, ignorans se posse uti lege Falcidia, hæc juris ignorantia non tribuit ipsi agendi facultatem, *l. 9. §. 5. de jur. ignor.* neque enim stultis solet succurri, sed errantibus, ait *ibidem* Paulus.

3. Quid si annua legata, vel ususfructus sit legatus, quomodo inde fiet deductio? Macer JCtus rationem computandi notabilem tradit in *l. 68. h. t.* Qui est infra 20. annos, præsumitur adhuc victurus annis 30. Intra annum 20. & 25. positis, vita præsumitur adhuc 28. annorum. Inter 25. & 30. dantur 25. Inter 30. & 35. ponuntur 22. Agentibus annum 35. usque 40. tribuuntur 20. Majoribus 40. & minoribus 50. ponitur vita quasi 59. annorum. A 50. usque ad 55. anni 9. Inde ad 60. anni 6. Majoribus 60. cujuscunque ætatis tribuuntur adhuc 5. anni. Sed obtinuit, inquit Macer, ratio simplicior, ut minoribus annis 30. tribuantur adhuc 30. majoribus tot anni quot a 60. annis desunt, ut nunquam amplius quam 30. anni computentur, quod & in Republ. observatur. Sint igitur annua decem legata adolescenti, sit sors trecentorum, & heres pro hoc legato detrahit 75.

Videtur tamen & aliis modis computatio fieri posse: Nempe ut annuum legatum æstimetur quanti potest vendi; Perceptio decem annuorum pendens ab incerta legatarii vita, taxatur, ut ejus quantitatis pars quarta ab herede detrahatur, ita est in *l. 55. eod.*

Tertius modus est in *l. 47. in pr.* ut heres de bonis Quartam retineat, atque ex eo, quod superest, tantum quotannis solvat legatario, quantum ei relictum est, donec nihil amplius de bonis superfit,

persit, neque a legatario plus etiam percipi possit; Nec videntur contraria illa consilia, ut tanquam antinomiæ, quod faciunt alii, sint concilianda. Sed & inde liquet ratio *l. 15. §. 2.* cur is, qui aliquot annis solida annua solvit, non amittat tamen Falcidiam.

Videtur adhuc esse quartus modus reliquis simplicior, ex sententia Aristonis *in l. 1. §. 9. h. t.* ut quarta fructuum vel Reditus pars quotannis detrahatur, de quo diximus *ad tit. Inst. de Usufr. n. 6.* Denique, respectu reipubl. diversus modus computandi proponitur in *l. 3. §. ult.* Nam si Reip. in annos singulos legatum sit, Marcellus putat, tantum videri legatum, quod de lege Falcidia quæritur, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas: qua ratione aliquanto minus heres consequitur quam juxta calculum *d. l. 68.* Ibi enim decem annuis legatis sors erat 300. unde quarta capiebatur ad 75. at hic sors sit duntaxat 250. unde quarta capitur 62. cum dimidia. Plenius igitur aliquanto legatum ususfructus Reipublicæ relictum intelligitur; de quo agit *d. l. 68.* quam annui legati.

4. Si Quarta tempore aditæ hereditatis salva non sit, quæ tempore mortis salva fuerat, Justinianus suggerit remedium heredi, ut præ se ferat, nolle se adire hereditatem, de quo latius actum ad *Inst. n. 5.* Sed quibusdam videtur hoc remedium esse evanidum, per jus novissimum, *Nov. 1. c. 1.* qua constitutum sit, ut deficiente herede, Legatariis *quasi aditio* quædam permittatur *in d. cap. §. 1. & 4.* vers. in omnibus. ubi: καὶ ἄδειαν παρεχέτω τοῖς λεγαταρίοις καὶ φιδεϊκομισσαρίοις προσιέναι. *Licentia detur Legatariis & fideicommissariis adire.* Rursus: Δίδομεν ἀδιτίονος ἤτοι pro herede γεστίωνος ἔχειν δίκαιον. *Damus illi jus aditionis aut pro herede gestionis.* Proinde nihil opus est, heredi aditionis causa supplicare, ut Imperator supponit in *§. 2. in f. d. tit. Inst.* Ita fere Wissenbachius noster ad finem *disp. 26, ad Inst.* Sed jam diximus *ad Inst. d. n. 5. in fin.* constitutionem *d. Nov. 1. cap. 1.* accipiendam esse de casu, quo scriptus heres adiit hereditatem, & per annum cunctatur implere voluntatem defuncti, ratione Legatorum & fideicommissorum, tum datur facultas denuo adeundi, primo, coheredi; quasi jure accrescendi, quod hoc casu datur in partem ejus, qui jam extitit heres; secundo Legatariis; tertio heredibus Legitimis, Quarto etiam extraneis adire & Legata præstare volentibus, supposito semper, quod habetur *in pr. §. 1. d. cap. 1.* Si heres annum totum (post aditam scil. hereditatem) protraxerit officium implendi voluntatem defuncti.

Postremo velim hæc duo teneri; Ad rationem Quartæ stabiliendam, Legata tam ab institutis, quam a substitutis relicta, contribuuntur; ita ut si vel pariter dodrantem hereditatis excedant, nec Quartam heredi salvam relinquant, detractioni Falcidiæ subjecta sint, *l. 11. §. 5. l. 79. h. t.* Wissenb. *h. t. th. 15. in med.*

Quid si heres æquivalentem Quartæ summam acceperit legati, fideicommissi, vel conditionis implendæ causa? Tamen gaudet Falcidia, quia in hanc imputantur ea tantum, quæ jure *hereditario* sunt apud heredem, *l. 74. & l. 91. h. t.* Prælegata tamen heredibus imputantur, quatenus illa capiunt a se ipsis, *l. 22. h.*

Cæterum, usus Legis Falcidiæ in Foro non est frequens, cum quod raro eveniat, ut homines plus Legatis quam dodrantem bonorum complectantur, tum quod plerumque Falcidiæ usum prohibere soleant; denique ideo, quod non nisi in casu beneficii inventarii impetrati locum habere possit, ut *ad l. sub fin. h. t.* demonstratum est. Noli tamen putare, abolitum esse. Stockm. *Dec. Brab. 39.*

Ad hunc locum pertinet etiam disputatio, quam occupavimus *ad tit. de Jure Delib. n. 8.* an Heres legatariis etiam ultra vires hereditarias, eo quod non fecerit Inventarium, teneatur, an vero tantum amittat Falcidiæ legis beneficium, quod nos illic probavimus, eoque Lectorem remittimus.

TIT. III.

Si cui plus quam per Legem Falcidiam licuerit, Legatum esse dicitur.

Heres, qui ignorans vires hereditarias plena legata solvit, laudatur, si acquiescat, *l. 5. §. 15. de Don. int. V. & U.* si jure constituto velit uti, habet vindicationem rei legatæ pro rata Falcidiæ, *l. 26. h.*

Prudentius tamen fecerit, si legata soluturus exigat cautionem a legatario, ut si apparuerit, quar-

quartam non esse salvam, sive ob æs alienum, sive per plura legata, tum legatarius rem, sive quanti reserit re,stituat, *l. 1. pr. & §. 11. h.*

Quod si necdum cuncta legatario præstiterit, habet & exceptionem doli pro quarta retinenda, *l. 16. pr. de Leg. Falc.* Quin & ipsa cautio potest condici, si per errorem seu juris, sive facti omissa fuerit, *l. 3. §. ult. h. l. 1. pr. Ut in poss. Legat.*

LIB. XXXVI.

Tit. I.

Ad Senatus-Consultum Trebellianum.

I. Remissio, & de origine fideicommissorum aliquid indictum. II. Primævus eorum usus perquam rarus, non tamen abolitus, & exemplum. III. Usus fideicommissariæ substitutionis, an satis salubris. IV. Senatus C. Pegasianum non videri adhuc penitus sublatum. Sed Quartam e fideicommissis singularibus, non aliunde deduci. V. Modi fideicommissorum varii. VI. Conditionem, si sine liberis, non impleri, nisi per liberos ex justis nuptiis procreatos. VII. Quid si duobus uno contextu adjecta, sed in uno impleta sit. VIII. In liberis fideicommisso gravatis conditionem intelligi tacite. IX. Exemplum rei judicatæ ad usum illius conditionis pertinens. X. De fideicommisso temporario. XI. De necessitate restituendi fideicommissum. XII. An & prælegata, portionesque coheredum acquisitæ restituantur. XIII. An & portio, quæ accrevit, distincte; XVI. Fructus non esse restituendos, nisi rogatu Testatoris. XV. An heres heredis Quartam detrahere possit. XVI An tacita prohibitio Quartæ sufficiat. XVII. An parentes in testamento cavere possint, ne liberi plus legitima capiant. XVIII. Ceteri modi, quibus Trebelliana cessat.

Dictum est ad *princ. tit. Inst. de Fideicommiss. Hered.* originem fideicommissorum fuisse a personis incapacibus, ut hæc per ministerium capacium hereditatibus & legatis augerentur, nec ullam fuisse necessitatem talia præstandi fideicommissa, quia nemo Judex aut Magistratus, poterat cogere fiduciarios heredes, aut jus dicere personis per leges capere prohibitis; donec Augustus jam non minister Legum, sed αὐτοκράτωρ καὶ ἑαυτῦ καὶ τῶν νόμων, *summus Arbiter sui & Legum*, mutationem instituit, quam *prædicto loco* commemoravimus, postquam ipse suo exemplo quid fas & fides exigeret, sæpe docuerat. Quo minus autem miremur, Augusto placere potuisse commentum, quo leges eluderentur, dici potest, illas Leges fere antiquas, duriores, & usu quodammodo tritas fuisse, qualis verbi gratia, de filia civis Romani qui census erat, quam pater heredem scribere non poterat, quod non census facere poterat, teste Cicerone, *prima in Verrem.* Verba Ciceronis; *Publ. Annius Asellius mortuus est C. Sacerdote Pratore. Is cum haberet unicam filiam, neque census esset, quod eum natura hortabatur, Lex nulla prohibebat, fecit, ut filiam bonis suis heredem institueret.* Et mox, *Qu. Voconius sua Lege sanxit, qui census esset, ne quis heredem Virginem, neve mulierem faceret.*

2. Sed quam non diu hic usus fideicommissorum in vigore fuerit, & quam certum deinceps habitum sit, ut incapacibus relicta palam, pro non scriptis haberentur, clam relicta fisco vindicarentur, *eodem loco* declaratum est; Adeo ut hæc fideicommissa, quibus heres primus immediate vel in continenti rogaretur aliis hereditatem restituere, abierint in desuetudinem; materia tamen ejusmodi testamentorum deficiente potius, quam jure positivo contrario. Quo minus enim si quis occasionem habere se putans hoc modo agendi, aliquem scribat heredem, cujus fidei committat, ut hereditatem alii statim restituat, modo persona legibus non sit incapax, nihil est quod prohibeat. Ejusmodi exemplum placet addere, quia sunt rariora. Bernardus Schotanus Antecessor Lugduno-Batavus celeberrimi nominis, quanta Legum scientia, tanta agendi secundum Leges dexteritate præditus, aliquando consultus a cive Leidensi *Arnoldo de Witt*, quo pacto efficere posset, ne sorores suæ, quas volebat heredes relinquere, cum uxore sua, quacum erat ipsi communio bonorum, contenderent, quod ut ingenium erat mulierum, omnino prævidebat futurum, respondit; si omnem litium occasionem præcidere

dere vellet, nihil ad eum finem efficacius esse, quam si amicum aliquem, cui fidem haberet, heredem institueret, præteritis sororibus, eumque rogaret, ut bonis divisis & uxoris Patrimonio ab hereditate sua separato, hanc sororibus suis restitueret. Paterfamilias hoc consilio probato, ejus auctorem, non minoris probitatis quam doctrinæ Virum, heredem suum ex asse scripsit, fide ab illo accepta, se bona ab uxoriis divisa sororibus restituturum; nulla tamen earum mentione in testamento facta; quia si fideicommisso vocatæ fuissent, a bonis inspiciendis, exigenda cautione, aliisque molestiis movendis arceri non potuissent. D. Schotanus ita rem administravit, accepta cautione indemnitatis ab uxore, quam vidi scriptam *13. Aprilis 1649*. Fuit hoc pristini fideicommissum instituti; A quo non abludit Testamentum Johannis Calvini Theologi, a Beza in *ejus vita* relatum, quo fratrem *Antonium* scripsit heredem honorarium, ut loquitur, id est, fiduciarium, rogatque eum, ut accepto poculo argenteo, quod demonstrat, reliquam hereditatem aliis restituat. Hoc modo fideicommissa veteri methodo relinqui non est insolens. Denique Clausula Cod. tale fideicommiss. contineri, dictum est *ad fin. I. de Cod.*

3. Sed maxime frequentata sunt fideicommissa, postquam alius eorum usus, quam qui initio fuerat, invaluit, nempe ut instar substitutionis fungerentur; nam cum olim heredum gradus fieri non possent, nisi qui vel aditione, vel pubertate evanescerent, fideicommissorum specie cœperunt testatores rogare suos heredes, ut hereditatem post aliquod tempus, vel conditione existente, aut frequentissime post mortem suam, seu pure, sive, *si sine liberis decederent*, aliis restituerent, idque per plures gradus sine fine modoque. Jam cum naturæ hominum sit insitus amor potentiæ, etiam post mortem, si potis, exercendæ, factum est, hac facultate oblata præscribendi legem feræ posteritati, ut nullus fere testator ita sibi displicuerit, qui non se dignum putaret, cui abnepotes mortuo obedirent, quasi immortalitatem adepturi. Sane originalis ille fideicommissorum usus non fuit diuturnus; qui enim ut legibus illuderetur a testatoribus, diu ferrent Cæsares? Ne ipsum quidem Augustum æquo tulisse animo arbitror, ut quas pœnas Juliis sanctionibus in orbos & cælibes aliosque statuerat, has privati secretis commissionibus enervarent. Hodie utique satis constat, non licere per fideicommissa quicquam relinquere personis, quas leges inhabiles & intestabiles esse volunt, sive aperte in testamento scribatur fideicommissum, seu tacita rogatione fides heredis scripti devinciatur; nam quod palam rogatur, id pro non scripto habetur, quod clam, id in fiscum redigitur, ut dix. *ad tit. de his, quæ pro non script.* Nihilo tamen rariora, sed toto jure frequentissima fideicommissa supersunt, illo scilicet usu spurio & quasi fortuito reperto. Nec scio, an satis Reipublicæ consultum sit, ubi hoc institutum vetustate corroboratum est. Testandi infinita potestas XII. tabulis stabilita, multis sapientibus populis displicuit, & præ se fert aliquam speciem insolentiæ, quod mortuus homo regnat: Quin jam videtur, ubi post tot secula, post tot successorum revolutiones adhuc imperat, jubet, vetat? Decemviris & veteribus Romanis, ne per somnium quidem venit in mentem, ut dispositio toleraretur, qua homini in mea potestate non constituto præscriberem, cui ille moriturus bona relinqueret, imo quid de suis rebus per omnem æternitatem fieri cuperet: nam huc devenimus, ut fideicommissa æterna cujuslibet ægræ mentis αὐθάδεια fundare queat. Fideicommissa prima nihil quam legum elusiones fuerunt; Illa exorbitatio peperit aliam multo quidem magis enormem, magisque a veteri jurisprudentia abhorrentem; qua magna quidem, sed forte parum utili accessio, jurisprudentiæ facta est, quæ non magis molem legum, quam litium, in immensum auxit. Neque enim ulla seges feracior in foro, quam hæc fideicommissorum, horrea judicum & patronorum implet. Quippe ex vetustis ac æternis causis, veteres imo æternas oriri tricas contentionesque necessum est. Idque rerum usus omni die probat, ex antiquis fideicommissis, cum bona ante memoriam hominum aliis infessa, repetuntur, difficultates oriri inexplicabiles, litesque suis causis pares. Sed hæc hactenus: utemur nihilominus jure scripto libenter & diligenter.

4. Historiam Senatus-Consultorum Trebelliani & Pegasiani, satis prolixe *ad Inst.* habuimus, abolitionemque alterius, & sententiam utriusque confusam in Trebellianum, exploso Pegasiano, quod attinet ad hereditates fideicommissarias: Nam cur dicendum sit, de Pegasiano nihil amplius omnino superesse, ratio nulla videtur; quatenus certum est, Pegasiano senatusconsulto cautum quoque fuisse, ut ex singulis rebus per fideicommissum relictis Quartæ retentio permitteretur, *§. sed quia. vers. ex singulis. Inst. de fideicommiss.*

miss. Heredit. l. 2. §. 6. C. de vet. jur. enucl. Ex quibus, cum nulla alia Lege Quartæ ratio stabilita sit, eaque nihilominus supersit, hunc articulum Pegasiani adhuc superesse dictu necessarium est. Falcidia quidem Lege de fideicommissis nihil comprehensum fuit; Namque cum Falcidia rogabatur, Fideicommissa vim juris necdum obtinuerant. Lata enim est Lex illa *Calvino* & *Pollione* Consulibus, anno *U. C. 714.* teste Dione *lib. 48.* anno post primum Augusti consulatum quarto: At fideicommissa Lege nulla constituta, verum exemplo Augusti uno alteroque, postquam diutius imperaverat, recepta paulatimque in jurisdictionem perpetuam conversa fuerant, *pr. t. de Fideicommiss. Hered.* Vulgo quidem de fideicommissis Quartam detrahi Falcidiam volunt & probant ex *l. 1. h. t.* ubi sic ait Ulpianus, *Explicatum esse tractatum, qui ad fideicommissa singularum rerum pertinet; Transeamus nunc ad interpretationem SCti Trebelliani.* Atqui in priore libro de Lege Falcidia fuit actum. Unde colligendum sit, hanc ad singularia fideicommissa pertinere. Responsio est, Ulpianum quidem in tractatu de Fideicommissis, unde excerpta est *lex 1. h. t.* egisse de Fideicommissis particularibus, sed de Lege Falcidia pariter egisse, non apparet: Nec ea in compilatione Pandectarum exigenda est accuratio, ut versiculi connectentes eandem per omnia relationem in Pandectis habeant, quam habuerunt in commentariis JCtorum, e quibus sunt desumpti. Actum est de legatis & fideicommissis, pariter in præcedentibus a Justiniano libris; Sed Falcidiæ applicatio Legatis duntaxat convenit. Non est quod negamus, Falcidiam a JCtis ad fideicommissa particularia quandoque fuisse productam, antequam a Pegaso de fideicommissis relatum esset: Hoc enim de ipsis hereditatibus fideicommissariis factum videmus in diversis legibus, ut ex universali Fideicommisso detractio Legis Falcidiæ prædicetur, *§. 3. Inst. Quib. mod. Testam. infirm.* verb. *ut contentus rebus. l. 11. de Legat. 1. l. 3. §. 7. D. ad L. Falcid.* Imo Trebellianicæ Quartæ, ita ut hic titulus hodie usurpatur, nulla usquam in Jure ne quidem in Codice, fit mentio. Ex quibus tamen minime recte inferas, Quartam de fideicommissis universalibus esse ex lege Falcidia, quæ est ex Pegasiano, & post transfusionem ex Trebelliano SCtis. Proinde cum Quarta fideicommissorum singularium æque sit ex Pegasiano: quod ante hujus existentiam lex Falcidia utiliter a JCtis illuc extensa sit, ex eo non magis sequitur, Quartam illam esse ex Lege Falcidia, quam valet eadem consequentia in fideicommissariis hereditatibus. Denique, adæquatio legatorum & fideicommissorum, si quis illam urgeat, pertinet ad effectus duntaxat, non ad rei ipsius differentias, nec ad historias Legum constitutarum.

5. Quanquam autem de Fideicommissis plena manu sit actum ad *Instit.* amplitudo tamen & utilitas materiæ facit, ut eam ordine justo recensendam putemus; dicta *remissive*, indicta paulo diligentius inculcando. Fideicommissa varie relinquuntur, testamento, vel ab intestato. Pure vel sub conditione. Expresse vel tacite. Personis certis, aut in plures gradus, vel in perpetuum. Quando Fideicommissum testamento relinquitur, Testator scribit aut nuncupat primo heredem suum, eumque rogat, aut mandat, vel ejus fidei committit, ut bona restituat certæ personæ, uni vel pluribus, aut incertis, de quibus ex eventu sit constitutum, veluti, *his qui ab intestato mihi proximi reperientur*, quo nihil frequentius. Sine testamento Fideicommissum relinquitur, quando aliquis sanus aut æger, heredem ab intestato proximum rogat, ut bona restituat, sicut modo dictum est. Idque si fiat in præsentia heredis sui, minoris sive majoris, verbis ad ipsum directis, coram duobus aut tribus testibus, vel etiam sine teste, si modo non ausit negare juratus aut injuratus, se esse rogatum, valet, qua de re actum *ad tit. Inst. de sing. reb. per fideic. in fin.* Sand. *4. 5. 18.*

6. Secunda divisio Fideicommissorum universalium, in pura & conditionalia, vix est ut frequentem usum habeat; quia plerumque sub conditione relinquuntur. Conditiones adjici possunt variæ, pro Testatoris arbitrio: Sed omnium frequentissima est, *si moriatur sine liberis*. Quæ conditio deficit, & consequenter substitutio fideicommissaria evanescit, si heres fiduciarius sive gravatus sub illa conditione, liberos habens decesserit. Tunc enim qui secundo, tertio, quarto loco substituti sunt, etsi successores primo sine liberis sint mortui, non admittuntur, *l. 6. §. penult. C. ad SC. Trebell. l. 71. §. 3. vers. Ante nuptias. l. 40. & l. 44. de C. & D.* Quæ doctrina cum in thesi sic satis indubitata videtur, in hypothesi tamen sæpe non parvæ incertitudini obnoxia reperitur, ut videre licet apud Sandium *lib. 4. tit. 5. def. 9.* Sub liberis alios non contineri quam ex justis nuptiis natos, alibi dictum est, non utique adoptivos, *l. 76. de C. & D.* neque naturales, *l. 6. §. 1. C. de Inst. & Subst.*

& Subst. nisi ex conditione, dignitate, voluntate ejus, qui fideicommisit, aliud statuendum sit, *l. ex facto 17. §. 4. ad SC. Trebell.* Fachinæ. *lib. 4. contr. C. 60. & 61.*

7. Quæsitum est, cum hæc conditio duobus heredibus uno verborum complexu adjecta esset, scilicet, ut hereditatem restituerent, *si sine liberis morerentur*, uno ex iis sine liberis, altero cum liberis mortuo, utrum conditio defecisset, an pro parte unius extitisset. Species facti hæc erat: Paterfamilias testamento suo, quod conditum erat *13. Decembr. 1616.* bona sua materna reliquerat *Epæo & Focææ a Glinstra*, sub onere fideicommissi, ut, si duo prædicti frater & soror sine liberis morerentur, bona devolverentur ad reliquos ipsorum fratres & sorores. Accidit, ut Epæus liberis susceptis, Focæa sine liberis moreretur, herede relicto marito *Tiberio Thomæ* Jurisconsulto. Qui bona quoque fideicommissaria ad se pertinere contendebat, eo quod conditio, *si frater & soror sine liberis morerentur*, defecisset, existentibus liberis, scilicet fratris. Ab altera parte, conditionem divisim respectu singulorum heredum esse spectandam disputabatur. Proinde quisquis eorum sine liberis decessisset, in eo conditionem fideicommissi esse expletam. Quod merito ita Curiæ nostræ visum: Conditiones enim pluribus impositæ, si respectu singulorum impleri possint, seorsim considerantur, secus si non nisi in omnibus existere possint, *l. 112. in pr. §. 1. & 2. de C. & D.* Quin ita in terminis decisum, in *l. 57. §. 1. ad SC. Trebell.* ubi; *Si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo.* Defuncto altero, superstite filio, novissimo autem sine liberis, neptis quidem, ait Papinianus, prima facie propter conditionis verba non admitti videbatur: Sed cum in fideicommissis voluntatem sectari conveniat, absurdum esse respondi, partis nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit avus, si in utroque conditio impleta fuisset. Ita quoque in ista facti specie judicatum *d. 20. Decembr. 1644.*

8. Favor voluntatis in fideicommissis effecit, ut si liberi fideicommisso universali gravati sint, hæc conditio, *si sine liberis*, etsi non expressa, tacite intelligatur. Nimirum, si pater filium filiamve rogaverit, ut post mortem Tertio restituant hereditatem, filioque dein proles sit nata; mortuo filio, prole superstite, non fiet restitutio, sed bona penes liberos defuncti, qui sunt nepotes Testatoris, remanebunt, ne videatur Testator alienas successiones propriis anteponere, *l. 30. C. de fideicomm. L. cum avus 102. de C. & D.* quemadmodum occupavimus *ad Inst. n. 13.* Verum ibi sic adjecimus; Quæ conjectura pietatis deficit, si Filius heres scriptus tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum: liberos habuerit, eosque natos esse non ignoraverit Avus testator. Ei limitationi hic addam; Probationem ejus esse ex *d. l. 6. §. cum autem. C. de Inst. & subst.* in verbis: *intelligendum non esse verisimile, Patrem si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem.* Atqui de nepotibus jam natis, & quos sciebat esse natos, non potuit non cogitare; quos tamen cum præterierit, nulla est ratio, cur ab expressa Testatoris voluntate sit recedendum. Quæ ratio locum etiam invenit in militis testamento, quod, si liberi sint præteriti, valet, modo Testator sciverit, se habere liberos, non valet, si ignoraverit; quia creditur illos non fuisse præteriturus, si scivisset eos existere: Quando autem scivit, voluntas ejus exitum habere debet, *§. sed si. 6. Inst. de Exhered. lib. l. 9. & sequ. C. de Testam. mil. l. 7. D. eod.* Eadem distinctio servatur in donatione, quæ revocatur ob liberos supervenientes, *l. 8. C. de revoc. donat.* ex eadem ratione, quæ redditur *in d. l. 30.* quia donator non præsumitur alienas successiones præferre voluisse propriis; Sed hæc præsumptio non nisi in supervenientibus, id est, postea natis liberis obtinet, non habet locum in liberis donationis tempore, non ignaro debitore natis. Contrariam tamen sententiam acriter defendit Menochius, in *lib. 4. tom. 4. præsumpt. 89. n. 77.* & ex eo Fachinæus *4. contr. c. 59.* Multi putant, hanc conjecturam quoque cessare in hac specie; Testator filium instituit, eique sine filiis decedenti agnatum substituit. Filius decessit, superstite filia, nepte Testatoris. Quasi Testator, in hac specie conservationem bonorum in nomine familiæ & agnatione considerasset, quod in persona neptis non habeat locum; sed verius est, sub voce filiorum heic quoque filias contineri, *l. justa. de V. S. l. 1. de V. O.* Consilium autem de non alienandis bonis extra nomen familiæ, prægnantioribus verbis eget, quam ut æquitas urgentissima *d. l. 102. & l. 30.* subvertatur, ut recte probat idem Fachinæus *d. lib. 4. c. 57.*

9. Ad hanc conditionem, *Si sine liberis*, pertinet hæc species facti ad usum rei intelligendum faciens. Testatrix habens aliquot liberos superstites, & ex aliis defunctis nepotes, scribit heredes

des liberos suos atque nepotes, his additis verbis, *Si quis ex suis liberis aut nepotibus, sine liberis moreretur, ut eorum portio ad cæteros perveniret, omnibusque mortuis, ad eos, qui sibi ab intestato proximi forent*. Post mortem Testatricis unus ex liberis primi gradus, Filia, decedit, superstite filio; qui deinde *sine liberis* est mortuus, herede relicto. Matertera petit hereditatem maternam vi fideicommissi Aviæ, quæ reliquos liberos vocaverat, in casum, si quis liberorum vel nepotum *sine liberis* moreretur. Nunc unus e nepotibus sine liberis est mortuus, Ego ex liberis Testatricis superstes sum: Ergo ad me bona pertinent, ex fideicommisso. Contra hæc pater nepotis, qui sine liberis erat mortuus, ita procedebat; Testatrix instituit liberos & nepotes, qui tunc erant, cum testaretur; nepotes ex liberis tum superstitibus ac institutis nasciiuros, non fecit heredes. Singulos Heredes scriptos oneravit fideicommisso; qui non sunt heredes scripti, ad hos nec fideicommissi onus pertinet. Meus Filius modo defunctus, fuit nepos ex filia herede scripta, non fuit nepos heres institutus. Ipse igitur nullo fideicommisso gravatus est: Ideoque nihil obstat, quo minus ego sim heres ab intestato. Res inde pendebat, utrum nepos ille defunctus, esset vocatus e testamento aviæ, ut institutus ab illa dici posset; quia neminem fideicommisso gravatum, quam qui recto jure vocatus est, intelligi constat, *§. 2. Inst. de fideic. hered.* In prima enunciatione, qua dicti erant heredes, non erant comprehensi, sed tantum nepotes tunc e liberis præmortuis extantes. Ex verbis sequentibus, refert *Nauta* noster, quosdam ex Dominis putasse, nepotes etiam postea natos vocari; Primo ex his, *si quis e meis liberis aut nepotibus;* Sed manifestum erat, hæc verba esse relativa ad priora, quibus erant instituti nepotes, qui tunc erant e liberis præmortuis, non qui e liberis superstitibus aliquando nascerentur. Quidam putabant in ejusmodi specie dubia, nepotes nascituros debere vocatos censeri implicite per conditionem, Si liberi *sine liberis* moriantur: his enim verbis indicabat Testatrix, se velle, ut ad liberos liberorum sive nepotes nascituros, bona pervenirent, quibus idcirco fideicommissum in favorem reliquorum liberorum esset applicandum: Accedente præsertim favore præferendi successiones proprias extraneis, quod fuisse Testatricis consilium, satis apparebat. A Curia tamen nepos fideicommisso vacuus est habitus, & matertera exclusa; rationibus expositis; non obstantibus ultimis argumentis. Primum enim removetur notissima Regula, positos in conditione, non censeri positos in dispositione, quam vidimus *ad tit. de Condit. inst. n. 7*. Alterum argumentum de extensione facienda in favorem fideicommissorum ex præsumpta voluntate defuncti, infirmatur hac regula; quod fideicommissa secundum strictissimas juris regulas sint accipienda, in quibus de re ad rem, de casu ad casum, de persona ad personam non fiat extensio, idque ad hujus quæstionis terminos applicatur in *l. 10. de liber. & post. her.* Sand. *lib. 4. tit. 5. def. 10. sub fin.* Res illa judicata est *d. 15. Jul. 1637.* & confirmata judicio Revisionis, *inter Jelke Oenes, contra Johannem Melchioris, Scabinum civitatis Leovardiensis.*

10. Hactenus de conditionibus tacitis. Quin etiam fideicommissa, quibus simpliciter post mortem Primi heredis Secundus ad bona primi relicta vocetur, etsi pure exprimatur, habent tamen hanc conditionem, *si secundus primo supervivat;* Nam si hic ante Primum moriatur, deficit fideicommissum, quasi deficiente conditione, *l. 4. in pr. D. Quand. dies legat. ced.* nec interest in iis quidem verbis, utrum primus moriatur ante, vel post Testatorem, quoniam hæc verba tam vulgari quam fideicommissariæ substitutioni conveniunt, de quo discrimine diligenter actum est *ad tit. de vulg. & pup. sub. n. 11.*

11. Quod attinet ad ipsa fideicommissa tacite relicta, quæ maxime per alienationem prohibitam committuntur, de his paulo *inferius* agetur commodius, & de perpetuis fideicommissis *ad Instit. tit. de fideic. hered. n. 14. 16. 17.* actum est copiose; Quæ ad tempus fiunt, bifariam intelliguntur, ut vel certis gradibus heredum gravatorum, vel certo annorum numero in iisdem personis limitentur, quomodo frequenter accidit ad annum vicesimum quintum ætatis. De tali fideicommisso sic usus venit quæri. Testator heredem simpliciter fideicommisso devinxerat; dein codicillo permiserat, ut natus annos septem & viginti de bonis *disponere* posset. Heres egressus illam ætatem, res hereditarias alienaverat. Fideicommissarii in testamento vocati, bona persequebantur, ut qui fideicommissum non abolitum, sed limitatum esse contenderent, data facultate *disponendi* post illud tempus per ultimam voluntatem, ut hoc vocabulum disponendi vulgo usurpatur. Si quamlibet alienationem permitti voluisset Testator, fideicommissum fuisse revocatu-

rum. Derogationem voluntatis jure stabilitæ, stricte accipiendam. Sed eo non obstante, Curia nostra vocabulo *disponendi* plenum effectum censuit adscribendum, qualem proprietas vocabuli fert; cui accedebat, quod antea dictum, placere fideicommissa strictiori interpretatione haberi. Sic judicatum in causa *Friderici Ruysch contra Petrum Reineri. d. 5. April. 1636.* apud *Nautam Mf.*

12. Porro die fideicommissi cedente, qua de re *ad tit. sequ.* hoc est, quando Testator fideicommissum præstari voluit, Fiduciarius hereditatem restituere cogitur, *l. 4. 5. 7. 9. §. 1. l. 13. §. 3. & 4. & l. 14. §. 1. h. t.* vel si mortuus sit ejus heres, *l. 44. pr. eod.* Quod si fiduciarius hereditatem non coactus repudiaverit, proximi a Testatore vocantur ab intestato, cum onere fideicommissi in favorem eorundem, qui prius vocati sunt, *l. 2. §. ult. de suis & legit. hered.* Si vero nec repudiaverit, nec ad adeundum remediis prætoriis compelli potuerit, verum celaverit se, aut mortuus sit absque herede & restitutione, jus hereditarium actionesque sponte transeunt in fideicommissarium; idemque respectu fideicommissarii, qui rursus alii restituere debet, *l. pen. §. 1. C. ad SC. Trebellian.* E contrario, si fideicommissarius tempore die cedentis non extet, aut repudiet, hereditas manet penes fiduciarium aut ejus heredem, nisi alter substitutum habeat: si vero post diem cedentem moriatur fideicommissarius, transmittit fideicommissum ad heredem suum, *l. 25. in pr. l. 46. eod. tit.* Cæterum, quando fiduciarius se cogi sustinet; nihil præter nudum juris ministerium præstat, neque lucrum percipit, neque de damno tenetur, *l. 4. eod. tit.* Sed coactio minus hodie frequens est, postquam mos rogandi heredes, ut confestim restituant, obsolevit: nunc quia domini sunt, dum vivunt & bonis fruuntur, raro coguntur. Hæ summæ sunt, excerptæ ex his, quæ *ad tit. Inst. n. 9. 10. 11.* latius exposita sunt.

13. Quæstionis est, an etiam prælegata, necessitate restitutionis comprehendantur. Et probata est distinctio, utrum de hereditaria portione restituenda sit rogatus, an quicquid ad heredem a testatore pervenerit. Si prius, tum prælegata sunt libera; si posterius, hæc etiam restituenda sunt, quia verum est quod a Testatore pervenerint, *l. 3. §. 4. h. l. 6. C. de Fideic. l. 94. de Legat. 3. l. 86. ad L. Falc.* Gail. 2. *obs. 132.* Sand. *lib. 4. tit. 5. def. 12.* ubi plures citati Auctores. Verum ab ea parte distinctionis, quæ meminit hereditariæ partis, excipitur ea pars, quam heres habet a se ipso, hoc est, quam jure hereditario habuisset, si res prælegata non fuisset: ut hanc etiam restituere cogatur, *l. 18. §. ult. h. t.* & Sandius *ibidem.* Eadem distinctio locum habet circa portionem heredi gravato a coherede per fideicommissum ejusdem Testatoris advolutam. Exempli gratia, Paterfamilias Patronus causarum, bonis & opimis temporibus centum millia circiter, Imperialium, in tritura forensi lucratus, heredes instituit duos e sorore nepotes, fideicommisso gravatos, ut si quis eorum sine liberis moreretur, bona, quæ a se pervenissent, ad alterum superstitem, atque ad neptim, quam præterierat, devolverentur. Mortuo sine liberis heredum altero, pars ejus ad fratrem atque ad sororem pertinebat: Quærebatur, an ea pars, quæ fratri acquisita erat, sub fideicommisso, quod ipsi erat impositum, contineretur, an vero libera esset, æque ac pars sororis, quæ primo loco non instituta, nullo fideicommisso gravari potuerat. Respondi, quia dictum erat in testamento, ut quicquid a testatore ad heredem pervenisset, restitueretur, si absque liberis e vita excederet, sub hoc fideicommisso etiam bona, quæ per substitutionem ejusdem testatoris ad eum pervenerant, contineri.

14. An eadem distinctione utemur in Quæstione, quam occupavimus *ad tit. de Acquir. Hered. n. 7?* Rogatus est Titius partem suam hereditariam restituere; Si interim pars coheredis deficientis ei accrescat, hanc eum restituere non cogi, jam probavimus in loco *prædicto*, & respondimus ad *l. 43. h. t. l. 33. §. 1. de Usufr. & l. 83. de Acquir. hered.* ei consonam, quibus utitur in contrarium D. Wissenbach. *ad h. t. th. 18. in fin.* An secus erit, si rogatus sit Titius, restituere quod ad eum pervenit a defuncto? Sic videbatur: Nam portio, quæ accrevit ei a coherede deficiente, sine dubio pervenit a defuncto. Ego tamen subsisto. Nam illa pars deficientis, vel fuit gravata simili fideicommisso, vel fuit libera. Si gravata fideicommisso, tum vel defecit vivo testatore, vel post ejus mortem & repudiationem. Hoc casu jus Accrescendi cessat, opinor, quia fideicommissarius potest heredem gravatum cogere, ut adeat atque restituat, vel hereditas pro adita habetur, *per ea, quæ modo dicta sunt.* Quod si vivo Testatore defecerit heres gravatus, jam fideicommissarius ad eam partem vocatus nihil juris habet, per ea, quæ diximus *ad tit. de Vulg. & pup. sub. n. 11. & 12.* Scilicet fideicommissarii jus interire, si primus heres non fuerit

fuerit superstes defuncto, ita ut restitutio ne quidem fieri poterit: Quare pars illa tum libere accrescit Titio gravato, de quo agimus. Et si jam alius sit fideicommissarius, cui illa portio destinata erat, quæ casu libera facta est, nulla ratio Titium coget, ut partem, quæ accrevit, restituat ei, cui Testator eam noluit restitutam. Jam si plene libera pars inde ab initio fuerit, quæ deficiens accrevit, putem similiter negandum, heredi fideicommissario quicquam inde deberi, quod testator nullo fideicommisso affecit. Tu dices, hoc tamen pervenit a testatore ad heredem, & ille rogatus est quod pervenit, restituere. Sed respondeo, Τὸ pervenit ad id, quod expressa voluntate defuncti, aut per consequentiam ejusdem fideicommissi ad heredem pervenit, referendum, non ad ea, de quibus Testator forte nec cogitavit, & quæ fideicommisso non subjecit. Hanc rationem secuti sumus in hujusmodi facti specie, cujus admodum frequens usus est. Testator instituit heredes quatuor, & eorum unum fideicommisso obstrinxerat, si sine liberis, in gratiam reliquorum superstitum, *hac formula*, de goederen hem van my aengekommen, *bona quæ ad illum a me pervenerint*. Moritur unus ex tribus reliquis ante Testatorem, ideoque cæteris accrescit ejus portio, quos inter erat ille pro sua parte bonorum fideicommisso gravatus. Quo dein sine liberis defuncto, herede uxore, ab hac repetebatur juxta partem, quæ mariti peculiaris fuerat, id etiam, quod ei defectu coheredis accreverat; Consultus respondi; illam partem, quæ defecerat, a fideicommisso alienam fuisse, neque Testatorem ejus maritum magis onerasse illorum respectu, quam cæteros. Verba *van my aengekommen*, referenda ad ea bona, de quibus Testator locutus & quæ fideicommisso adfecerat, non ad ea, de quibus non cogitaverat fideicommittendis ac onerandis. Accidit *d. 15. Apr. 1685.* Est adeo insignis hæc limitatio.

15. Necessitatem restitutionis ad fructus non pertinere diximus jam *ad Institut. h. t.* prioris doctrinæ, *n. 6.* nisi Testator de fructibus etiam rogaverit, ut similiter istic monuimus. Sed hic articulus paulo plenius exponi meretur. Rogatio vel expresse fit, vel tacite. Fit tacite, veluti, quando hereditatem cum incremento restituere jussus est, *l. 63. §. 4. h.* vel si dixerit testator, *quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum pervenerit, omnem restitui volo, l. 32. h. t.* Papinianus in simili *formula diversum sentire videtur, in l. 57. pr. h. t.* Heredes mei, quicquid *ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ Coloniæ Beneventanorum, nihil de fructibus, pendente conditione perceptis, petitum videri, constat.* Quidam differentiæ rationem petunt a natura cautionis; quam Ballista testator in *d. l. 32.* ab heredibus suis vult præstari, quæ facilius fructuum incrementum recipiat; Nisi dixeris, illam cautionem solummodo in securitatem fideicommissi præstandam, eique subordinari, proinde obligationi heredis nihil superaddere. Forte an oratio Ballistæ amplior & efficacior ad rem est, quam in specie Papiniani; *Quantacunque pecunia*, nihil non sub his verbis comprehendi posse videtur, *ex hereditate, de bonis* sane fructus non esse hereditatis, sed ipsis rebus acceptos ferri, affirmat Ulpianus in *d. l. 18. §. 1.* quod ideo videtur intendisse Ballista, verbis, *de bonis:* sed in *d. l. 57.* de *hereditate bonisve*, παραλλήλως ut synonyma ponuntur; etenim ejusmodi formula fructus nullo modo comprehendi, discimus etiam ex *l. 83. in pr. de leg. 3.* Eodem modo concilianda lex *3. §. 2. de Usuris*, cum *l. 58. §. 2. pen. h. t.* In *l. 3.* Papinianus docet, eum, *qui rogatus est, post mortem suam quicquid ex bonis superérit, Titio restituere*, videri etiam, ut fructus restituat, esse rogatum. Rursus idem in *l. 58.* respondit, eum, *qui rogatus sit restituere quicquid ex hereditate superfuisset, fructus superfluos restituere, non videri rogatum.* Papinianum utique sibimet ipsi non esse contrarium, credimus; Atqui nec quicquam apparet diversi in his responsis, quam diversa hereditatis & bonorum significatio. Confer. quod *ad Inst. d. num. 7.* ἐχολίαζε Thomasius, & nos respondimus.

16. In restitutione facienda, Fiduciarius heres detrahit Quartam, de qua similiter actum non agemus, post ea, quæ *ad Inst. h. t. n. 3. 6. & seqq.* dicta sunt. Sed an heres heredis gravati, Quartæ jus habet deducendæ? Hanc Quæstionem, ait D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 12. in Suprema Curia anno præterito disceptatam memini, an autem supremo calculo jam finem acceperit, ignoro.* Puto autem posse, addit, *arg. l. 10. C. ad L. Falc.* juncto *§. 5. Instit. de Fideicomm. hered. l. 65. de V. S. &c.* In iis quidem terminis, de quibus agit *Lex 10. C. ad L. Falcid.* & reliqui textus a Wissenbachio citati, non credo unquam hac de re apud Supremam Curiam fuisse dubitatum; Scilicet quando Testator heredem suum rogavit, ut si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis alias

aliis restitueret. Nam eo casu emolumentum, quod beneficio legis *Falc.* habere potuit heres, arg. *d. l. 10.* (scil. tum temporis quod *in pr. h. tit.* monuimus, LegemFalcidiam fideicommissis applicabant, ut adeo directe, non per *argum.* ut D. Wissenb. *lex 10.* probet hanc thesin,) hoc inquam, emolumentum Quartæ ad heredem heredis pertinere, *manifestum est*, ait Imperator. Cum autem fideicommissa nostris temporibus, omnia fere diem post obitum primi heredis cedant, nihil est apertius,quam detractionem Quartæ non nisi ab heredis herede ut fiat, habere facultatem; nec aliter omni die videmus institui. Quæstio fuit haud dubie de fideicommisso puro, quod ab herede vivo erat præstandum, ut rarius hodie, sed fit tamen aliquando; si tunc heres gravatus omnia restituerit, an heres ejus omissam detractionem facere possit, merito dubitetur. Dicendum, si primus heres sciens, animoque remittendi Quartam, omnia restituerit, vel per juris errorem, non ignorans vires hereditarias, omiserit detractionem, heredem ejus nihil detrahere posse; contra, si primus errore facti, cum dodrantem sibi salvum putaret, omiserit Trebellianicam, heredi secundo quo minus eam detrahat, nihil obstare potest, secundum ea, quæ de Falcidia *suo loco* dicta sunt.

17. Porro imputatur in Quartam, quicquid heres ex judicio defuncti percepit, *l. 22. §. 2. h. t.* sive legatis, seu fideicommissi, sive conditionis implendæ gratia, contra quam in lege Falcidia, cujus Quartæ talia non imputantur, *l. 91. ad L. Falc.* forsitan, quia Falcidius in sua rogatione Quartam hereditatis, diserte apud heredem manere voluerat; JCtis autem,cum Falcidiæ sententiam ad fideicommissa producerent, satis visum, si tantum heredibus adsererent, quantum ad Quartam quovis modo explendam confici posset, neque titulum hereditatis nulla lege subnixi urgere poterant: quæ observatio semel introducta, etiam ubi satis firmata erat Pegasiano, videtur continuata; cui addendum, quod & alioqui liberalius cum herede ratione legatariorum, quam cum fiduciario respectu fideicommissarii, soleat agi. Heredi enim testator prolixius consultum videtur voluisse, quod ex disparitate honoris, quo utrosque affecit, satis colligitur: fideicommissario contra, favit præ fiduciario, quia hunc tantum ut instrumentum transferendæ in alterum hereditatis adhibere voluit; Cæterum, quod fiduciarius implendæ conditionis causa accipit a coheredibus, aut fideicommissario, id videlicet imputat, non quod a legatariis, *d. l. 91.* & sic facile interpretabimur *l. 30. §. 7. eod. tit. ad L. Falcid.* de qua solicitus est D. Wissenb. *ad hunc tit. th. II.*

18. An quarta Trebelliana prohiberi possit, ancipitem quæstionem vocat Sandius *lib. 4. tit. 7. def. 5.* sed communior sententia, quæ est affirmativa, tam generaliter est recepta, ut de ea in Foro amplius non disceptetur, ut scribit Stockmannus in *decis. 40.* Nec jure novissimo dubitandum esse, probat luculenter Anton. Merenda *lib. 4. contr. C. 14.* sed non æque prævaluit in Foro sententia, licet etiam communior teste Sandio *d. tit. def. 9.* quod tacita prohibitio sufficit. Rectius a Curia Suprema definitum, non sufficere ad prohibendam Quartæ detractionem, hujusmodi clausulam: *Quod non obtemperans Testamento privari debeat relicto.* Quæ sententia de Falcidia quidem agit, sed ab hac ad Trebellianicam plerumque recte argumentamur, & heic manifesto est eadem ratio, cum illa clausula sit generalis, & sine speciali Testatorum intentione sæpius a Tabellionibus adjiciatur. Quid si Testator fideicommisso posito, prohibuerit omnem alienationem *& diminutionem rerum fideicommisso subditarum.* Ne id quidem sufficere, sed prohibitionem Trebellianicæ clare enunciandam, tradit Stockmannus *Decis. Brabant. 40. in fin.* Quod est concedendum, si verba eo modo concepta sint, ut alienatio & diminutio ad Tertium se referant. Nam si Testator ipsi restitutioni faciendæ immediate subjecerit, eam se velle *fieri sine ulla diminutione*, difficile dictu est, iis verbis prohibitionem Quartæ non significari, vocemque Trebellianicæ Quartæ præcise adhibendam esse, quod non putem.

19. Erronea est opinio, quod liberi fideicommisso gravati,duasQuartas detrahere possunt,tam Legitimam quam Trebellianicam, ut omnes fatentur, & nos demonstravimus ad *Inst. h. t. n. 7.* sed tamen hic error jus fecit per omnem Europam,excepta,quod mirum, Brabantia, licet minime tam rigide servet jus Romanum quam alii plures populi, qui in hunc Pontificium errorem concesserunt, teste Stockmanno *Decis. Brab. 41.* Hunc autem errorem Pragmatici cumularunt alio errore magis enormi, quod parentes ne prohibere quidem possint Trebellianicam supra & ultra Legitimam ex bonis capiendam, qui & in Curiam nostram invasit, etsi contra eum luculenter

lenter disputat Sandius *d. lib. 7. tit. 7. def. 7.* Postea tamen apud Nautam sic judicatum reperio. Parens fideicommisso liberis imposito subjecerat in fine testamenti, si quis eorum se ullo modo testamento opponeret, *eum nihil amplius habiturum, quam suam Legitimam.* His verbis Trebellianicæ Quartæ detractionem fuisse sublatam, ut Legitima sola contenti esse deberent, *pluralitate* suffragiorum, ait Nauta, placuit in causa *Jacobi Martini cum sociis, contra Kuirtje Thomas d. 15. Julii 1637.* etsi non deessent, ut idem refert, dissentientes. Forte respexerunt ad id, quod apud titulum de *Inoff. testam. n. 16. pag. 750. part. praeced.* expositum est, Parentes hoc modo instituere posse, ut liberos onerent fideicommisso sine deductione præstando, vel si hoc admittere nolint, scribant eos heredes ex Legitima. Quo facto omni querela liberis subtracta, vel fideicommisso sine detractione Quartæ, vel sola legitima debeant esse contenti. Hac alternativa admissa, sicut a JCtis nostri temporis admittitur, videmus apertam esse viam, qua sententia de duabus Quartis necessario relinquendis, a Parentibus eludi possit. Hoc enim jus non est mutatum, quod Parentes liberis suis amplius quam Legitima in titulo institutionis relinquere non cogantur, *l. 8. §. 8. de Inoff. & l. 30. C. eod. Nov. 115. C. 3. in fin.* Quod simpliciter facere licet Parentibus, cur idem per optionem alternativam non liceat, ratio non apparet, ut latius *in d. loco* demonstratum est.

Hic casus igitur communis est Falcidiæ & Trebellianæ. An & reliqui casus, quibus Falcidia cessat, Trebellianæ conveniunt? Videamus breviter; Respectu Testatoris est primo casus, quem *modo* dixi, prohibitionis. II. Si testator vivus heredi Quartam, sive æquivalentem Quartæ summam prorogaverit, haud dubie cessat etiam Trebelliana, per *l. 56. §. ult. ad L. Falcid.* Denique in militari Testamento non est dubium, quin Trebellius æque taceat ac Falcidius, per *l. 7. & l. 10. C. ad L. Falcid.* Respectu Heredis cessat Trebellianica perinde ac Falcidia, I. Si heres sciens dodrantem non esse salvum, totam hereditatem restituerit, *Nov. 1. c. 2.* II. Si id egerit, ut fideicommissum intercideret, *l. 59. in pr. ad L. Falcid.* An etiam III, si heres non fecerit inventarium? Negavimus cum Gailio *2. obs. 138.* multisque aliis, *ad Inst. de Hered. qual. n. 15.* nec pauciores dissentiunt, novissime Stockmannus *Decisione Brabantina 42.* qui sic judicatum se vidisse, testatur in fideicommisso conditionali, cujus dies post obitum primi heredis cedebat. Mihi in talibus id maxime incommodum videtur, nec ita in animum inducunt heredes fiduciarii nostrates aliive, ut quibus hereditates alias opulentæ sub onere fideicommissi relictæ sunt, quo sibi de Quarta Trebellii prospiciant, opus esse putent Inventarii beneficio, ut vix lites ea de re moveri contingat: Quod frequenter fieri oporteret, si juris ita esse crederetur, ut omisso Inventarii remedio Trebelliani beneficium admitteretur. Sed quæ ratio, *dices*, quod hac in re sola discrimen Falcidiæ & Trebellianicæ statuitur? Videtur esse præcipua, quod Legata hereditatem minuunt & exhauriunt; Fideicommissum universale hereditatem relinquit integram; præter quod pœnalis constitutio non recipit extensionem, per consequentiam & Lex Falcidia, quæ Legatorum duntaxat, non meminit hereditatis fideicommissariæ, *d. Nov. 1. C. 1.*

Modi, quibus respectu reali Falcidia cessat, an etiam Fideicommissariis hereditatibus applicentur, videamus. De piis causis, quod attinet ad Legata, sequimur communem sententiam, cessare in iis Falcidiam, ex constitutione Justiniani in *Nov. 131. c. 12.* qua derogatum videtur *l. 1. §. 5. h. t.* quæ Falcidiam extendit ad Legata, quæ Deo relinquuntur. Exceptionem discrepantium, quod tantum cesset ubi mora facta est, refellimus e verbis *d. Nov.* apud *Inst. ad L. Falcid. n. 8.* Ex usu, ni fallor, eadem refellitur. Probo enim, quicunque negat legata solvere, eum Falcidiam amittere; quia moram negando committit: Hoc sufficit, opinor, ad usum hujus sententiæ, quæ non nisi contra negantes valet. Sandius igitur, qui dissentit, referens eos, qui moram committunt in solvendis Legatis ad pias causas relictis, in solidum a Curia condemnari, satis affirmat, omnes, qui solvere nolunt, condemnari. Quod quid est aliud quam dicere, Falcidiæ non esse locum? In eo tamen subsisto, cum jus novum stricte sit accipiendum, an quod de Legatis solummodo sanctum & ægre obtentum est *d. N. 131.* ad hereditates fideicommissarias sit extendendum; quod magis videtur, *ne fiat.* Reliqui duo casus cessantis Falcidiæ, respectu rerum hereditati subtractarum, & alienari prohibitarum, de quibus in *d. Tit. n. 8.* cum ad res singulares pertineant, in fideicommissariis hereditatibus ultro cessant.

De fideicommisso, quod inest prohibitæ alienationi.

XX. Prohibitam alienationem inesse fideicommisso, de qua remissive, & observatio, clausulam prohibitæ alienationis subjectam fideicommisso, non facere novam ejus extensionem. XXI. Limitatio ejus sententiæ per exemplum rei judicatæ. XXII. Alia limitatio. XXIII. Prohibitam alienationem facere fideicommissum, nisi tantum sit nudum Præceptum. XXIV. Quibus inde detur actio. XXV. Denturne fideicommissa conventionalia.

EX eo, quod bona fideicommisso subjecta, personis designatis restitui debeant, intelligitur, ea non posse alienari, excepta Quarta, & exceptis ejusmodi casibus, quos *infra* collocabimus; De ipsa alienatione prohibita, quatenus pendet a fideicommisso universali, diximus *ad Inst. h. tit. n. 12.* quæ non repetimus. Sed quod omisimus, supplendum. Est inter ea frequentis usus observatio, quod Testatores ordinantes fideicommissa in gratiam certorum propinquorum, sæpe subjiciunt, *nolle sese, ut bona extra sanguinem alienentur.* Quando hæc verba junguntur immediate fideicommisso eique applicantur, non inferunt novum fideicommissum, sed tantum pro sanctione præcedentis fideicommissi habentur, ut in hoc exemplo; *Post mortem Titiæ omnes hi reditus, quos ei legavi, devolventur in ejus liberos ab uno in alium, & non ex meo sanguine sive gradu.* Hæc ultima verba, *non ex meo sanguine*, obiter adjecta fideicommisso limitato, minime comparata sunt ad fideicommissum & prohibitam alienationem ulterius quam ad liberos Titiæ extendendum, ut recte judicatum apud Sandium *lib. 4. tit. 5. def. 4.* Atque ita in similibus sæpe alias in Curia nostra judicatum, nisi forte a nonnullis hæc observatio nimis effuse accepta videatur. Etenim si Testatrix in illo casu amplioribus & prægnantioribus verbis usa fuisset in eum sensum, quod bona nunquam extra sanguinem suum alienari vellet, prohibitionem potuisse fieri perpetuam, monet Sandius, & res loquitur.

21. Hac de re, quia magnus est ejus usus, exemplum aliud subjiciam. Testatores conjuges, duobus liberis filio filiaque heredibus institutis, ita caverant; *Si quis liberorum nostrorum, sine liberis moriatur, volumus Testatores ambo, ut tali casu bona nostra de uno ex liberis in alium, qui tunc erunt superstites, devolvantur, & hereditario jure transferantur, atque ita consequenter in perpetuum.* Et mox: *ita, ut bona nostra ne devolvantur extra sanguinem nostrum aut lineam rectam, verum semper ad extremum usque in ea permaneant.* Ex filia Testatorum nepote sine liberis mortuo, Pater ejus bona ab intestato sibi vindicabat, eo quod fideicommissum liberis tantum esset impositum, quorum appellatione vernacula nepotes in fideicommisso non contineri, obtinuit, ut Sandius tradit *d. tit. 5. def. 10.* nisi, ut idem addit, in diversum justæ adsint conjecturæ: Quales heic non tantum adesse, verum etiam directe fideicommissum videbatur esse perpetuum, in verbis, *de liberis in liberos, atque ita consequenter in perpetuum*; quæ verba si paulo imbecilliora ad fideicommissum perpetuum viderentur, sequenti enixa prohibitione alienationis in perpetuum, ad eam sententiam confirmabantur. Atque ita pro filio contra Patrem nepotis, etsi πληθυντικῶς, judicatum est. Enimvero quando Testator liberos suos onerat fideicommisso, prævaluit opinio, quod nepotes sub liberis non contineantur, etsi aliter fit in *l. 120. de V. S.* nisi alia mens Testatoris e conjecturis, inquam, appareat; nec abs re videtur, ejusmodi conjecturam e subjecta prohibitione perpetua alienationis colligi posse: Nam etsi hæc novum fideicommissum, aut ejus extensionem non efficiat, quo minus tamen conjecturam in casus dubii interpretatione adjicere possit, nihil obstare videtur.

22. Fortius aliquando adfirmandum est, quod subjiciam; Quando Testator post ordinationem fideicommissi, secundum certos gradus & personas, nova distinctaque periodo, in casum, quo in illis gradibus expressis fideicommissum non haberet usum, prohibuit alienationem in perpetuum extra suum sanguinem, tunc aliter judicari non potest, quam in illa prohibitione novum comprehendi fideicommissum; utique si verum est, quo nihil certius, Prohibitionem alienationis per se inferre fideicommissum, qua de re mox amplius. Et tamen hæc observatio, quod clausula prohibitæ alienationis, etsi perpetuæ, non extendatur ultra fideicomm. quod præcessit, tam indiscrete vulgo recepta est, ut etiam ejusmodi prohibitiones irritas fuisse habitas meminerim; sed exemplis, *ut nunc* est, supersedemus.

23. De

23. De prohibita alienatione sola nonnihil adhuc dicendum. Ex illa fideicommissum oriri tacitum, nota est doctrina, si modo constet, in quorum gratiam fiat prohibitio. Tunc enim heres non potest non esse rogatus, ut iis, in quorum gratiam facta sit prohibitio, bona restituat. Quemadmodum hæc ipsa ratio docet, ubi non constet, in cujus gratiam facta est prohibitio, non esse in ea vim fideicommissi; sed nudum præceptum, quod quidem in se non foret spernendum, sed quia nemo ex illo neglecto actionem movere potest, hinc omni effectu caret. *Et hinc Divi Severus & Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a Testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum Præceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. l. 114. §. 14. de Legat. 1.* In his verbis duo requiri videntur; ut vel causa exprimatur, vel persona. Quid igitur, si causa exprimatur, neque de persona constet, an tunc effectum habet prohibitio? Si causa sit ejusmodi, ut inde sciri possit, in quem finem Testator res alienari prohibitas adhiberi velit, aut quibus inde personis sit aliquid tribuendum, potest effectum habere prohibitio; velut si dixerit, ideo se rem alienari nolle, quod splendori familiæ consultum velit, adeoque omnis prohibitio, ne res alienetur extra familiam, sufficit in eum finem; Si nihil a Testatore sit expressum, unde hoc intelligi possit, ex conjecturis suppleri non potest. Nam etsi vix unquam aliter Testatores ejusmodi prohibitiones committant, quam ut posteris suis consulant, Judex tamen aut Interpres, hoc supplere non potest. Exemplum; Lucius Titius testamento suo cavit, ne ullo modo prædium suburbanum ad domum heres alienaret, (nam hic articulus tam ad singulares res, quam ad hereditates pertinet.) Scripserat heredem filiam suam, quæ decedens extraneos heredes instituit. Julia, Lucii Titii Testatoris ex fratre proneptis, petit illa prædia, tanquam ex ejus familia proxima. Sed repulsam tulit, cum familiæ mentio non esset facta in his verbis, quæ nihil erant quam nudum præceptum, *l. 93. in pr. de Legat. 3.* Neque tantum per successionem res eo casu libere ad extraneos transire potest; sed etiam per alienationem inter vivos: qua de re apponam hoc exemplum. *Eustachia ab Heemert, vidua Petri a Quarebbe Ultrajectini, scripserat heredes liberos, testamento, quod erat conditum ult. Jul. 1612.* substitutis eorum descendentibus vulgariter. Addiderat hanc clausulam, ne scripti heredis prædium Tjepmarum, in Frisiæ pago Roordahuisen situm, possent vendere, pignore vel alio quovis modo gravare, permutare, vel ullo modo alienare in totum vel pro parte. Sed velle se, ut illud prædium, si omnes ejus liberi sine descendentibus morerentur, perveniret ad matrem Testatricis, & post ejus obitum ad eos, qui sanguine proximi forent Testatrici. Filius deinde Testatricis perverse consulens, illud prædium cesserat Creditoribus suis, a quibus ejus filius postea vindicabat illud prædium. Creditores fideicommissum extinctum esse contendebant, quia conditio, si *liberi sine descendentibus morerentur*, defecerat: Ipse enim petitor erat filius filii, heredis. Idcirco mater & reliqui de sanguine, manifesto erant exclusi. Filius etiam non erat vocatus, sed tantum positus in conditione, qua re non inferri fideicommissum, vera & communis est sententia, quam posuimus *ad tit. de Condit. Inst. num. 7.* Nihil igitur supererat, quam prohibitio de non alienando, quam Testatrix operose fecerat, haud dubie in gratiam proximorum, maxime nepotum suorum, ac ut illis consuleret. Quia tamen in verbis Testamenti nemo vocatus extabat, judicatum est, Actorem non habere jus, illud prædium vindicandi. *in causa Jacobi de Quarebbe cum soc. contra Johannem van Baren cum soc. ante ferias O. S. 1681.*

24. Sic alioqui juris est, ut quocunque tempore res alienata sit extra familiam, si talis est prohibitio, proximus e familia jus habeat eam rem vindicandi, *l. 69. §. 3. de Legat. 2.* quemadmodum dicere occupavimus *ad fin. tit. I. Quib. al. lic.* ita ut sub prohibita alienatione comprehendantur omnia, quæ diximus *ad tit. ff. de Reb. eor. qui sub Tut. vel Cura,* certe etiam oppignoratio. Proinde possessor ejusmodi rerum, non potest eas pignori dare, nec Creditores eas hypothecaria, ne quidem contra tertium a familia alienum, persequi possunt, quia pignus est ipso jure nullum, adeoque nec quidem, dum vivit is qui rem ipsis obligavit, res illis est obnoxia, ut in Curia nostra judicatum inter *Gabium Reinsma, contra Dirk Hotses, ante ferias Natal. 1680.* quod secus esse in rebus fideicommisso conditionali gravatis, dictum est alias ex *l. 48. §. 1. de jure Fisci.*

Proximo e familia datur actio, si quando res, inquam, extra familiam alienata sit; quamdiu

enim manet in familia, licet ad remotiorem pervenerit, non datur actio *l. 67. §. 2. eod.*

Quod si res non simpliciter sint prohibitæ alienari extra familiam, sed etiam familiæ relictæ sint, non potest remotior proximo præferri; multo minus, si Testatori proximi diserte sint vocati, ut frequenter usu venit. Sand. *de prohib. rer. alien. P. 3. c. 6. n. 29. & c. 5. n. 7.*

Propinquitas non ad ultimum possessorem, sed ad primum fideicommissi conditorem refertur, idque jure repræsentationis; at in simplici prohibitione, ne res vadat extra familiam, magis ultimi possessoris ratio habetur, Sand. *l. 4. tit. 5. def. 2. 6. 7.*

Quid si dictum simpliciter, *ut bona devolvantur identidem ad proximos?* magis est, ut proximi respectu ultimi possessoris intelligantur, ut a Curia nostra judicatum in tali specie, referente Nauta. *Fideicommissum erat, ne bona venderentur, permutarentur, oppignorarentur, aut ad extraneos devolverentur, verum, ut semper manerent penes proximos, souden altoos blijven en erven op de zibste en naest geregtigde erfgenamen.* Duo heredes, liberos habentes, de sua parte bonorum alienaverant extra familiam. Soror eorum illa bona vindicabat, cum esset proxima respectu Testatorum. Sed repulsam tulit, quia liberi alienantis, ipsi erant proximi, & sic potiore jure præditi; visumque proximis simpliciter vocatis, qui scilicet proximi quoque tempore futuri essent, nihil causæ esse, cur proximi ab herede non intelligerentur potius, quam proximi a defuncto. In causa *Aldegondis a Solkama, contra Abrahamum a Solkama & Drem Bouricium, ut Curatorem Abrahami Hillema.*

Si addatur, prohibitionem fieri ad tuendum nomen & honorem familiæ, mares præferuntur feminis; alioqui promiscue gradus spectantur, Sand. *ibid. cap. 3. & l. 4. Decis. t. 5. def. 8.*

Placet, ad detegendam hujus rei naturam adferre casus, quibus illa prohibitio cesset, quod alibi commode fieri non potest. Cessat prohibitio, 1. ratione formæ prohibendi. 2. Ratione causæ alienandi. 3. Ratione petitoris. 4. Ratione possidentis.

Ratione formæ prohibendi, I. si nudum sit præceptum, ne res alienetur, sine mentione causæ vel personæ, cujus intuitu prohibitio fiat, *ut dictum l. 114. §. 14. de Legat. 1. & l. 93. in pr. de legat. 3.* II. Si prohibitio sit in gratiam certorum hominum, iique jam decesserint, *l. 38. §. 2. & 5. de legat. 3.* III. Si temporaria prohibitio sit, atque tempus sit elapsum, *arg. §. 5. I. Quib. mod. tut. fin.*

Respectu causæ alienandi, cessat prohibitio, quatenus solvendum est æs alienum defuncti, a quo prohibitio facta est, *d. l. 114. §. 14.* per *§. ult. I. ad leg. Falcid. l. 16. C. eod. & l. 1. C. debit. vendit. pign.* II. Ob æs alienum possessoris, dum is vivat, & quatenus ille jus in ea re habeat, si aliunde non sit, unde solvi queat, per *l. 69. §. 1. de legat. 2.* III. Ob impensas in res alias, quoque prohibitas, necessario faciendas, *l. 53. de hered. pet.* IV. Pro quantitate legitimæ, per *Nov. 18. c. 1.* & Trebellianicæ, de *qua infertus.* V. Propter dotes & alimenta liberorum, *Auth. res quæ C. comm. de legat.*

Respectu petitoris; I. Quod indignus sit beneficio defuncti, qua de re *tit. ff. de his, quæ ut indign.* II. Quod ipse suam partem alienaverit, *l. 11. C. de fideic.* III. Quod consenserit alienationi, *d. l. 11. & l. 120. §. 1. de Legat. 1. l. pen. §. 14. de Legat. 2.* IV. Quod fideicommisso renunciaverit, per *l. 29. C. de pact.* V. Si heres sit venditoris, aut ejus qui venditioni consensit, *l. 149. de R. J.* Adde Sand. *tract. de probib. rer. alien. P. 3. c. 8. n. 38. & seqq.*

Ratione possessoris, cessat effectus prohibitionis; I. si ipse ex eorum numero sit, in quorum gratiam prohibitio facta est, *l. 38. §. 5. de Legat. 3.* II. Si per annos 30. possederit, nam usucapio hic cessat, ut *alias* dictum, vid. eund. Sand. *d. cap. 8. n. 50. & seq.* & quæ nos diximus ad *Tit. D. Quæ res oppign. sub fin.*

25. Pactione successoria coheredum, posse constitui fideicom. particulare, placuit Dd. contra juris rationem, ut probat Sand. *l. 4. t. 5. d. 19.* tametsi per modum actus inter vivos aliquid instar fideicommissi possit oriri, si mentio mortis facta sit, ut in *l. 26. pr. Depos. & l. 77. de Legat. 1.*

Utcunque autem sustineatur ejusmodi pactio coheredum, qua constituunt, ut aliquo sine liberis mortuo, quædam bona ad superstites devolvantur, in eo tamen discrimen est indubitatum, quod vera fideicommissa tribuunt actionem omnibus ad id vocatis; etsi non sint heredes, *d. l. 67. §. 2. & l. 69. §. 3. de Legat. 2.* Cum pacta quasi-fideicommissaria nullum jus rei imponere, sed heredes tantum personali obligatione obstringere possunt, ut demonstratum est *ad tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. sub fin.* Atque hoc discrimine constituto, nescio an id genus pacta magnopere

a juris

a juris ratione abhorreant, *argum.* eorum, quæ de Servitutibus *alibi* dicta sunt: Jura prædiis imposita, quæ servitutes non sunt, valere tamen ut conventiones, & heredes obligare, licet rem non afficiant, *l. 13. pr. Comm. de servit.* Ubi ratio; *bona fides contractus legem servari exposcit.* non minus bene convenit id genus pactionibus fideicommissariis.

26. Quamvis autem Fideicommissa contineant hodie necessitatem restituendi, quam Fiduciarius evitare non potest, ut *superius* intellectum est; certum tamen est, si Fiduciarius heredi a se instituto fideicommissum restituere debeat, efficere eum posse, ne bona, quæ vi fideicommissi ad heredem suum pertinebant, ab ipso percipiantur, sed alii, maxime ususfructu tenus relinquantur, ut probatum est *ad tit. de Usuf. Legato.* Quod si heredes tanti æstiment fideicommissum, ut hereditatem repudiare malint, nihil eos impedire potest, quo minus fideicommisso potiantur. Quin etiam quia Conditores fideicommissorum plerumque suis testamentis adjiciunt pœnas, sæpius adsequi possint, ne repudiatio illis damnosa sit. Hanc rem quia valde juridici usus est, exemplo illustrabimus. *Lasius Jongama* Vir nobilis, prælegatum reliquerat filio suo majori natu *Duconi*, cum onere fideicommissi, *si sine liberis decederet*, in commodum fratris sui *Francisci*, Supremæ Curiæ Senatoris. Duco sine liberis mortem obiturus, uxori suæ *Sixtinæ a Camminga* relinquit inter alia usumfructum illius prædii, addens, se recte scire, per testamentum Patris hoc sibi non licere, verumtamen id se fratri heredi a se instituto oneris imponere; cui si opponeret se, institutionem revocabat, uxore substituta. Franciscus ususfructu prædii illius carere nolens, hereditate fratris non adita, petit domum ex fideicommisso, eaque ipsi adjudicatur: Sed per reconventionem declaratur excidisse fratris hereditate, eaque viduæ substitutæ permittitur. Sed in Testamento Parentis eorum, conditoris fideicommissi, inerat clausula pœnalis ordinaria; Si quis se Testamento opponeret, neque per omnia Testatoris voluntatem impleret, ipsius hereditate caderet universa eaque accresceret heredibus obsequiosis. Hujus vi pœnæ, Franciscus petit a vidua fratris, bona ejus paterna, propterea quod hoc egisset, ut voluntatem Patris de prædio illo primario, subverteret ac eluderet. Ita damnum fraternæ hereditatis erat exiguum. Sic relatum a Nauta *Decis. Mr.* VI. in causa *Francisci Jongama Primi Supremæ Curiæ Senatoris*, *contra Sixtinam a Camminga*, *viduam Duconis a Jongama*, *Prætoris in Hennaerderadeel.*

TIT. II.

Quando dies Legatorum Cedat.

I. Quid sit diem cedere, & historia juris ejus. II. Exceptiones a regula diei a morte cedentis. III. Quando dies faciant conditionem, quando secus, exponitur. IV. Limitatur illa doctrina, & exemplis omnia illustrantur.

CEdere, est alteri locum facere, & hinc *Cedere*, ad alium pertinere significat; Res cedit alterius commodo & dies legati *cedit*, ut ad Legatarium pertineat, cum effectu transmissionis in heredem, *l. 3. h.* Denique, si legatarius moriatur, antequam dies cedat, Legatum manet penes heredem, a quo erat præstandum; Si post diem cedentem moriatur, ad heredem Legatarii transmittitur, ut demonstravimus *ad tit. Quando dies ususfr. leg. cedat.* Jure antiquo dies Legatorum cedebat in continenti a tempore mortis Testatoris, Ulpiano teste, *tit. 24. §. Legatorum.* & Justiniano in *l. un. §. 5. C. de Cad. toll.* cujus juris vestigia sunt in *l. ult. de Donat. m. c. l. 31. de C. & D. l. 3. §. ult. & l. 42. de Hered. inst. l. 24. §. 1. de Bon. libert.* Augustus deinde Fisci augendi gratia, Lege Papia Poppæa diem cedere jussit ex apertis tabulis, quasi inconveniens esset, ut Legatario cederet jus, antequam sciret; proinde quæ Legata deficerent inter mortem testatoris & apertas tabulas, ea Fisco cederent, Ulpian. *d. loco*, & Justinian. *d. l. un. §. 1. & §. 5.* qui hoc jus novum fiscale *ibidem* abrogavit. Ut tamen in hoc titulo Paulum & Ulpianum, *l. 1. & l. 5. §. 1.* & passim qui inter Augustum & Justinianum vixere, videas ita tradentes, quod dies a morte testatoris cedat. Res jubet, ut hæc a Triboniano interpolata dicamus, ut cum Ulpianus scripsisset, *a die apertarum tabularum*, ille substituerit, *a die mortis ejus*, ut observat Wissenbach. noster *Emblem. Tribon. ad l. 5. h. t.* post Hotomannum *4. Obs. 9.*

2. Excipitur Legatum ususfructus, cujus dies

cedit ab adita hereditate, ejusque rei dedimus rationem *ad d. tit. Quando dies usufr. leg. ced. n. 2.* Excipitur etiam Legatum Libertatis, *propter sui naturam*, inquit Justinianus, quæ *aditionem hereditatis expectat*, *in d. l. un. §. 6.* Quid ita? Quia libertas in actu & exercitio consistit, cujus initium fieri nequit, nisi sit, qui patiatur usum & exercitium faciendi quod libet, inchoari, *arg. l. un. §. 2. d. tit. Quando dies usufr. leg. ced.* Legata quoque conditionalia non cedunt diem, nisi post conditionem existentem, etsi conditio sit potestativa, *l. 5. §. 2. h.* secus si conditio sit turpis, aut impossibilis, *d. l. 5. §. 3. & 4.* vel si per Legatarium non stat, quo minus impleatur, *§. 5.* Legata in diem certum relicta, pro puris hac parte habentur, *l. 5. §. 1. & 2. h. t.* etsi ante diem cum effectu peti non possint, hoc enim est, diem *venire* dici, *d. l. 21.* Diem autem incertum pro conditione haberi, dictum est *alias*, qualis est, *cum heres morietur*, *l. 4. pr.* cum *Legatarius erit annorum 14.* quia conditionem in se continet, *si Legatarius tam diu vivet;* etsi per SI non adjiciatur, *l. 22. h. t. & l. 74. de C. & D.* modo bene observetur, utrum tempus adjectum sit legato vel fideicommisso, an petitioni aut præstationi, *l. 26. §. 1. h. l. 5. C. eod.*

3. Hanc distinctionem carpit ac emendatam vult Thomasius, *ad posit. 19. Instit. de Fideicomm. hered.*

SCHOLIUM.

Termini paululum obscuri; nam & tempus solutionis præstandæ adjicitur fideicommisso. Potius ita dicerem; *Modo bene observetur, utrum tempus adjectum sit fideicommisso per modum diei, an conditionis.* Deinceps agit de sensu *l. 46.* ad SC. Trebell.

RESPONSIO facilis est. Scholiastes committit, opinor, ignorantiam elenchi, quam vocant. Quæstio duntaxat est de tempore, quod se conditionis instar habere possit. Ergo inanis distinctio sit, inter tempus habens se ut diem, vel ut conditionem; etsi id agendum, quomodo dies simplex, & dies habens conditionem, discerni queat: Si enim verba sic habeant, *Do lego centum Titio, cum is annorum tot factus erit*, dies non cedit ante illos annos. Si hoc modo; quæ *centum accipiet, cum ad annos tot pervenerit*, dies ex continenti cedet, *l. 5. C. h. t.* Quemadmodum si dies conditionem in se nullam contineat, diem semper in continenti cedere, clarum, & dictum est ex *l. 5. §. 1. h. t.* Tantum autem abest, hanc distinctionem minus probandam esse, nihil ut ea frequentius ac utilius sit. Scriptum est ita, *Uxor heres esto, post mortem uxoris meæ, fratris mei liberis mille ducatones do lego.* Moriuntur fratris liberi; heredes eorum nihil petere possunt: Si quidam ex illis moriantur, jus accrescendi pro superstitibus obtinet, ut sæpissime rrovis modo respondimus. Quod si ita; *Uxor heres esto, Fratris mei liberis mille do lego, quos ante mortem uxoris peti nolo.* Si qui ante uxorem, fratris liberi moriantur, horum heredes partem defuncti capient, quia dies statim cessit, cum legatum sit purum, diesque petitioni duntaxat adjecta sit. Quod Thomasius excipiebat, solutionem sive præstationem ipsi quoque Legato vel fideicommisso adjici posse, verum est: Idcirco alterum distinctionis nostræ membrum, *quando dies petitioni, non ipsi legato adjicitur*, supponit duas positiones saltem implicite, *Do lego centum; quos accipiet, quos præstari volo, quando, &c.* Si vero uno verborum contextu, tempus recipiens interpretationem conditionalem, sit adjectum ipsi Legato, non dubitamus, quin dies cedens sit demum post tempus elapsum. Exemplum; Testator uxori suæ bona quæsita tempore matrimonii legaverat, & post mortem uxoris ex iisdem acquæstibus Titiæ Fideicommissum *quadringentorum* reliquerat. Titia ante uxorem mortua, heres ejus petebat quadringentos; Sed repulsus est, quia tempus *post mortem uxoris* ipsi fideicommisso adjectum erat, ut judicatum apud Curiam nostram, in causa *Alberti Gualteri, contra Trijntiam Friesma. 27. Octobr. 1637.* referente Nauta *Decis. Ms. 51.*

N. ADDIT.

Hic I. Scholium nostrum integrum est ponendum, quoniam quæ in eo sequuntur, Autor postea n. 4. *carpere voluit. Ita vero continuaveram: Mens Javoleni in* d. l. 46. *clara est: Saturninus instituit Maximum, ut Oceano*, cum ad annos sedecim pervenisset, *hereditatem restitueret. Finge Oceanum perventurum esse ad annos sedecim Calendis Jan. anni 87. Oceanus moritur antequam annos sedecim impleret, & v. g. ann. 82. Quærebatur, an Maximus retinere possit hereditatem, an eam Senecæ, heredi Oceani, restituere cogeretur? Respondet Javolenus pro Seneca*, quoniam, *dicit*, dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet, si prorogando tempus solutionis, tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur, *hoc est*, *idem*

in

in hoc casu præsumitur, ac si testator jussisset hereditatem restituere Calendis Januariis anni 87. *quod fideicommissum in diem est, cujus dies statim cedit post mortem testatoris: Sed quia tamen revera dies in verbis prolatis*, cum ad annos sedecim pervenerit, *incertus sit ratione existentiæ, & adeo pro fideicommisso conditionali quoque, cujus dies cedit demum existente conditione, haberi possit, omnino intentio testatoris ex conjecturis aliis elicienda est. Quod vero Javolenus magis* pro die, *quam* conditione *definiverit, inde esse puto, quod testamento dictum fuerit, CUM; non, SI* ad annos sedecim pervenisset; *Uti enim particula Si, regulariter conditionem, ita CUM regulariter & principaliter diem denotat. vide Strauch.* Partic. Jur. *voce*, Cum & si. *II. Si Autor pro distinctione sua declaranda, allegasset* l. 5. C. h. t. *ut nunc in præcedentibus fecit, habuissem quæ ulterius opposuissem. Jam vero legem istam divinare non poteram. III. Quæ ad explicationem meam* d. l. 46. *excipit Autor* n. 4. *minus accurata sunt, cum me non attente inspexisse legem arguit, quia* d. l. 46. *non commemoret particulam* Si. *Vellem scire, qua attentione Autor mea verba inspexerit, (Javelonum ita respondisse, quia in testamento particula CUM adhibita fuerit, non vero particula SI.) Ego nusquam dixi, quod in* d. l. 46. *extet particula* Si. *IV. Jam quidem in responsione, ponendo casus satis perspicuo, mentem suam ab obscuritate liberavit Autor, nondum vero probavit, sententiam suam ex Arte Juris certam esse. Graves enim hic occurrunt & indissolubiles, ut mihi videtur, antinomiæ. Alii enim JCti amplexi sunt in his & similibus quæstionibus distinctionem Autoris; alii contra distinctionem inter particulas* cum *&* si, *secundum quam exposui legem Javoleni. Attende Lector. Ita Ulpianus dicit* l. 49. pr. §. 1. & 2. de leg. 1. Si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit, & ita Imperatorem decrevisse, Marcellus scripsit. Ergo cum esset sic relictum, cum ad quartum decimum annum pervenisset: annua, bima, trima die; & decem & septem annorum mortis tempore inveniatur; præsens legatum erit. Proinde si quindecim annorum, consequenter dicemus, post biennium deberi; si sedecim, post annum debetur; si menses desint ad septimum decimum annum, residuis mensibus debetur. Hæc ita, si putans minorem esse quatuordecim annorum, cum jam excessisset, sic legavit: si vero scit, triennium ad legati præstationem ex die testamenti facti numerabimus. Hoc autem legatum & conditionale est, & in diem. Conditionale tamdiu, quamdiu quartus decimus annus sit completus, postea in diem. *Hic Ulpianus rejicit distinctionem Javoleni inter particulam CUM & SI, & legatum conditionale etiam pronuntiat, ubi particula* cum *fuit adhibita. Rursus Javolenus alio loco in* l. 40. §. 2. de condit. & demonstr. Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita jusserat, quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato. mortuo patrefamilias Titius vixerat, & viva matrefamilias decesserat: mortua matre, heredibus Titii legatum deberi, Ofilius respondit, quoniam non sub conditione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adjecta. videamus, (inquit Labeo,) ne id falsum sit, quia nihil intersit, utrum ita scribatur: Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato; an ita: nisi mater mea moritur, nec dato, utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esset legatum. Labeonis responsum probo. *Hic Javelonus ex fundamento suæ distinctionis legatum conditionale dicit, quia videlicet particula* Si *fuit adhibita, & diserte cum Labeone distinctionem Autoris ab aliis JCtis propositam, rejicit. Denique Imperator Alexander in* d. l. 5. C. quando dies legat. Ex his verbis, Do lego Æliæ Severinæ filiæ meæ & secundæ, decem, quæ legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit: non conditio fideicommisso vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videtur. Et ideo si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est: ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum ætatis implesset. Non cœptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse Jurisprudentibus placuit. *Hic quidem Imperator definit casum distinctione Autoris adhibita, sed non rejicit distinctionem Javoleni, neque enim rejicere poterat, cum Javelonus in hoc casu idem respondisset, quia particula* cum *erat hic adhibita, adeoque etiam cum hic casus secundum utramque JCtorum olim dissentientium distinctionem, eandem decisionem admittat, non dicere etiam poteris, quod Javoleni sententia in Pandectis relata, per legem hanc Codicis abrogetur. Ergo apparet, sententiam*

am Autoris nondum ita certam esse, ut arbitratur, sed fluctuat adhuc inter antinomias. Scio equidem, quod Dd. sudent in conciliandis hisce contradictionibus, vide Eckolt. ad ff. tit. quando dies legat. & Wissenb. ad d. l. 5. Cod. *Sed mihi tamen, quascunque distinctiones afferant, certum est, eas non quadrare ad has tres leges in harmoniam redigendas.*

4. Proinde standum videtur hac regula: Quando tempus adjectum est ipsi Fideicommisso recta positione, dies cedit demum post tempus: Sed quando Legatum per se consistit, & dies petitioni vel præstationi adhibetur, etsi dies incertus sit, tamen in continenti cedit: sub exceptione, nisi aliud suadeant conjecturæ prægnantes; qualis est, si Pater extraneum heredem fiduciarium instituerit, eumque rogaverit, ut *filio suo, cum ad annos tot pervenisset, hereditatem restitueret*, qualis species est *in d. l. 46. ad SC. Trebell.* ubi Sejus Saturninus, archigubernus classis Britannicæ, Valerium Maximum trierarchum heredem instituit, a quo petiit Testator, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos XVI. pervenisset, hereditatem restitueret. Mens Saturnini Patris hæc fuisse videtur, ut Valerius Maximus bona tanquam Tutor, filio custodiret usque ad annum XVI, non ut heres statim cum effectu esset, & filius demum in diem incertum, ac ita sub conditione; idque conjectura paternæ pietatis; nisi aliter e verbis testamenti colligi posset, ut Javolenus *in fin. d. l. 46.* indicat: Consequenter ut hereditas Saturnini ne maneret penes Maximum trierarchum, sed transiret ad heredes Oceani ab intestato. Thomasius *ad d. posit. nostram 19. de fideicommiss. hered.* Quod *autem Javolenus*, inquit, *magis pro die quam conditione definiverit, inde esse puto, quod in testamento dictum fuerit* CUM *non* SI *ad annos sedecim pervenisset. Ut enim particula* SI *regulariter conditionem, ita* CUM *regulariter & principaliter diem denotat.* Minus attente Scholiastes, *ibi;* Nam *d. lex 46.* non commemorat, particulam SI, in testamento fuisse; bis τὸ CUM exprimit, nec aliter usquam; Rationem duntaxat, quod Tutor potius ut custos, quam heres considerandus sit, per SI, adjicit; ut significet, rem aliter se habere posse, si diserte Testator extraneum tantisper heredem verum esse voluerit.

Potest etiam e verbis testamenti conjectura in eam partem colligi, quomodo in hac specie existimavi. Sempronia instituerat heredes pauperes, sive diaconos Ecclesiæ Franekeranæ, sed Legatis pluribus suos propinquos adsperserat, omnibus puris; Unum ita reliquerat: *Itiæ Stephani filiæ, degenti Maccumii, do lego florenos tot, cum erit annos nata viginti quinque, & heres meus scriptus pecuniam legatam tamdiu custodiet, donec, ut dictum, nata erit annos XXV.* Itia Stephani filia mortua est, cum explesset annos viginti quatuor & sex menses, adeoque *priusquam præfinitum tempus ætatis impleret.* Respondi, diem Legati, viva Itia cessisse; quia prorogando tempus solutionis, *Custodiam* magis heredi permisisset, quam incertum diem Legato adjecisse videretur, ac ita Legatum ab heredibus legitimis Itiæ Stephani filiæ, recte peti. Res accidit mense *Majo 1689.* Sic regulæ juris circa voluntates hominum, infinitæ varietatis capaces, difficulter ita, ut nulli exceptioni sint obnoxiæ, componi possunt.

Tit. III.

Ut Legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.

I. Qualis hæc sit cautio. II. A quibus præstetur. III. Aliquando etiam in hereditate fideicommissaria locum ei esse. IV. Casus, quibus cessat hæc cautio.

Heres cavere debet datis fidejussoribus, * se legata præstiturum, ubi dies adjecta venerit, & conditio exstiterit, *l. 1. & pass. h. t.* qualis cautio in omnibus b. f. judiciis, ex causa exigi potest, *l. 41. de jud.* quin & in puris legatis, si qua mora interveniat, sæpe præstatur, *l. 15. pr. h.*

2. Debet ab omnibus præstari heredibus, etsi locupletissimis, *l. 1. §. 1. h.* Pater tamen filio non nisi per hypothecam cavet, *l. 7. h. t.* quæ lenior est quam satisdatio per fidejussorem, *l. 17. §. ult. de Test. tut.* ** junct. *l. pen. §. 1. de Pign.*

3. Præstatur ante litem contest. quia prætoria est,

* Quid si fidejussoribus non idoneis cautum est, an rursus cavendum petente legatario? Hoc suæ facilitati impensum feret, nisi plane nova, id est post cautionem nata causa allegetur. *l. 3. §. 3. l. 4. Ut in possessionem legat. vel fideicomm. servand.*

** Est in *l. 17.* de contumelia satisdationis, cujus ratio hic imprimis est evidens, durum videri patrem adigi, ut imploret alienam fidem, quam apud filium haud invenire potest.

eft, *l. 1. §. 9. h.* cui non obft. *l. 5. §. 1. h.* quæ de judicio appellationis loquitur, hoc fenfu; In prima inftantia fuit omiffa cautio, quæritur, an in judicio appellationis exigi poffit. Ratio dubitandi, quia litis conteftatione fimpliciter facta, huic cautioni renunciatum videtur, *l. 1. §. 9. h.* Sed verum eft, tamen in judicio appellationis, poft fententiam, recte peti cautionem, perinde *ac ante fententiam* peti potuiffet; fcilicet, ante litem conteftatam.

4. Agitur paffim de legatis & fideicommiffis fingularibus. An eadem cavendi neceffitas non habet locum in hereditate fideicommiffaria? Non eft dubium, *l. 14. in pr. h. t.* Paulus *1. fent. 11. pr. ubi* Cujacius. Atque in his longe majorem habet ufum, quam in rebus certis.

5. Sunt cafus, quibus hæc cautio ceffat. 1. Is quem diximus, Si quis omiffa cautione litem conteftatus fit. 2. Si Teftator eam exigi prohibuerit, *l. 1. tit. fequ.* 3. Si ab ipfo Legatario remiffa fit, *l. 46. de Pact.* 4. Si Fifcus aut Refpubl. fit heres, & rogati fint, res certas vel *hereditatem reftituere, l. 1. §. 18. & l. 6. §. 1. h.*

Ceffat 5. in fideicommiffo, quo Parentes fuos liberos reciproce jufferunt bona reftituere fuperftitibus, fi quis eorum fine liberis deceſſerit, aut etiam nepotibus teftatorum; exceptis duobus cafibus, fi jufferit caveri, vel fi parens conditor fideicommiffi ad fecundas nuptias tranfierit, *l. 6. §. 1. ad Senatufc. Trebell.*

Tit. IV.

Ut in poffeffionem Legatorum vel fideicommifforum fervandorum caufa effe liceat.

I. Miffionem hanc effe in omnia bona, non obft. N. 153. II. Quid hæc poffeffio tribuat. Quid juris fi non caveatur. III. Ufus tituli.

Si non caveatur, quod his diebus ufu venit frequentiffime, quid fiat, quæritur. Prætor mittit legatarium vel fideicommiffarium in poffeffionem omnium rerum hereditariarum, quamvis minima res legata, vel per fideicommiffum relicta fit, *l. 13. h. t.* cui non obftat *Nov. 53. c. 4.* ubi miffio in poffeffionem fieri dicitur πρὸς τὸ μέτρον τῦ διαφανομένυ χρέυς, fecundum menfuram liquidi debiti. Nec enim agitur ibi de hac miffione, fed de ea, quæ fit in res eorum, qui fe judicio fiftere nolunt; præter quod ea verba non tam ad factum miffionis in poffeffionem, quam ad ejus effectum & ad diftractionem, referenda funt, quo fenfu ne hæc quidem miffio, debitæ rei modum egredi poteft. Adde Pacium *Ifag. h. t.*

2. Qui miffus eft in poffeffionem, folus non poffidet; fed pati debet heredem colere agros & fructus redigere, quod fi is negligat, miffus in poffeffionem cuftodire debet, ut neque depereant, neque deteriores fiant, *l. 5. §. 22.* verum fi fideicommiffarius, cui non cavetur ab herede, caveat ipfe pro confervatione bonorum, poffeffio ad illum folum transfertur, ex refcripto Marci Cæfaris in *l. 5. §. 1. tit. præced.* Cæterum, fi nec ille cavere queat, *tum vel res deponenda vel jurifdictio, reftituenda erit, d. l. 5. §. 1. in fin.* Quid hæc alternativa fibi vult? Sic eft; Deponenda *apud virum bonum, ab utraque parte eligendum, qui utiles actiones exerceat*, ut paulo ante Papinianus expofuit in *d. §. 1.* vel fi de eo conveniri nequeat, redeundum erit ad hoc, quod Prætor in Edicto de miffione in poffeffionem decernit, quod eft genus quoddam poffeffionis quafi per focietatem, idque volunt verba, *reftituenda jurifdictio.* Cujac. *ad 1. Paul. fent. c. 11. a pr.*

3. Hunc titulum non effe in ufu hodierno, volunt juris abrogati, vel potius abrogandi ut ipfis videtur, auctores Autumnus & Grœneweгius, *hic.* Prior idem de *præced. tit.* adfirmat. Sed *hoc*, ait *ibi* Grœneweg. *de moribus noftris temerarium foret adfirmare.* Forte an nec de præfenti titulo adfentiri liceat. Quanquam modus ille poffidendi per cuftodiam, parum ufitatus effe videtur; fed refcriptum Marci, ut fideicommiffarius poffeffionem confequi poffit, fi caveat, vel, fi non caveat, ut res tertio committantur, admodum civile, atque ad ufum eft idoneum, digniffimæque obfervationis, eo magis, quia minus ad ejus fententiam vulgo attendi videmus.

LIB. XXXVII.

Tit. I.

De bonorum Possessionibus.

I. Continuatio. II. Definitio B. Poss. & ejus exegesis. III. Divisiones.

FAciendum est, ut oculos paulisper retro vertamus, quo methodi rationem consideremus. In libro quinto Judicia sive actiones divisæ sunt, quod sint in rem vel in personam. Actiones in Rem sunt Universales, vel singulares. Universales, Hereditatis petitio & Querela Inofficiosi. Hereditatis petitio est vel civilis, vel Prætoria. Quas cum exposuisset Digestor, transiit ad res singulas. Sed principia sive fontes actionum in Rem, non exposuit: postquam ad actiones in personam e contractibus transiit, fontes eorum, hoc est ipsos contractus, pariter enarravit. Cur tam varie in Pandectis, aut in Edicto perpetuo, difficile dictu est: nisi quod actus inter vivos præcedant naturaliter ultimas voluntates. Expositis omnibus inter vivos actibus, exceptis verborum obligationibus, quæ omnium rerum accessiones erant, hisque absolutis, ingentem Successionum materiam, qua tractatus actionum præcedentium enormiter interruptus fuisset, in *lib. 28.* aggressus est: tam quod ad hereditates, quam legata. Et quidem usque Librum XXXVI. de successione civili actum, quibus fideicommissa subjunguntur. Hanc Prætoria Successio, quæ nihil est aliud quam bonorum possessio, sequitur; quemadmodum *lib. 6.* hereditatis petitio possessoria civilem quoque secuta fuit.

2. Definitur Bonorum Possessio, quod sit jus persequendi retinendique patrimonii (sive rei,) quod cujusque cum moritur, fuit, *l. 3. §. 2. h.* Ex eo quod dicitur *Jus persequendi*, satis intelligitur, possessionem heic longe aliter accipi, quam infra *tit. de Acquir. poss.* Nam illic possessio nihil est aliud quam detentio; at heic etiam qui res non detinet, æque habet bonorum possessionem, ac is qui rebus incumbit. Adeoque in effectu nihil est bonorum possessio, quam hereditas prætoria, *l. 1. & 2. h. l. 119. & 138. de V. S.* Quæ res comparata cum definitione Bonorum possessionis heic tradita, confirmat evidentissime sententiam, a nobis expositam *ad tit. Inst. de Reb. corpor. & incorp. n. 2.* super explicatione & intellectu Hereditatis, quatenus hæc a rebus hereditariis distinguatur. Non sine emphasi dictum est in definitione, *patrimonii, sive rei.* Patrimonium significat universas res, quomodo agitur adversus eum, qui bona cuncta tenet; Rei vox certorum bonorum, licet minimæ rei, detentorem significat, adversus quem datur etiam possessoria hereditatis petitio, *l. 9. & sequ. de hered. pet.* junct. *l. 2. de poss. hered. pet.* Clarius bonorum possessionem ab hereditate, hac definitione discernere possis, his aut similibus verbis additis; *Edicto Prætoris, supplendi juris civilis causa introductum.* Hic enim est scopus, ut ubi Lex civilis non dat successionem, Prætor eam ex æquitate suppleat, in gratiam illorum, qui licet sanguine propinqui, ab Lege XII. tabb. negligebantur, in *fin. pr. Inst. h. t.* Eorum, inquam, gratia, qui Jure civili erant neglecti; nam quibus Lex prohibebat successionem, his nec Prætor, qui minister legis est, eam decernere poterat, *l. 12. §. 1. h. t.*

3. Dividitur bonorum possessio, in Edictalem & Decretalem. Illa, quæ ex edicto certis personis de plano datur. Decretalis non tribuit plenum jus, sed est tantum provisionalis, ut ita loquar, qualis Carboniana bonorum possessio, de qua *infra.* Decretales sunt utique etiam ex Edicto, *l. 2. & l. 4. de Carbon. Ed.* sed insuper causæ cognitionem requirunt, *d. l. 3. §. 4. & 8. h. t.* Edictalis tribuit quidem plenum jus, sed sub conditione, si non alius potiori jure supervenerit, quo casu bon. possessio fit sine re & sine effectu, nisi tempus elapsum sit, intra quod bonorum possessio agnosci debet, *d. l. 3. §. 4. l. 2. pr. de bon. poss. sec. tabb.* Dividuntur etiam bon. possessiones, in ordinarias & extraordinarias. Hæ bifariam explicantur. Primo ordinaria est, quæ ex Edicto venit; extraordinaria, quæ ex novis Legibus, prout quæque res incidit, extra ordinem datur, *§. 3. & 4. vers. septima. Inst. h. t.* Rursus ordinaria est, quæ aliter Edictalis, Extraordinaria, quæ fit cum causæ cognitione, *l. 3. §. ult. de Carbon. Ed. l. 5. §. 3. de Legat. præst. l. 1. §. 4. Unde Liberi.* Pleræque sequentibus titulis expositæ, sunt Edictales. D. Wissenbach. *ad h. t. th. 5.*

SCHO-

SCHOLIUM.

Ergo Extraordinaria in hoc posteriori significatu, & Decretalis sunt synonyma; (ut in posit. 11.) *sed in priori significatu est subspecies Edictalis.* vid. ad Inst. h. t.

Tit. II.

Si tabulæ testamenti extabunt.

EDictalis sive ordinaria bon. possessio, datur vel testato, quando testamentum jure conditum est, vel ab intestato, quando nullum testamentum jure factum exstat.

2. Ad eas, quæ testamento condito dantur, requiritur præcise, ut tabulæ tempore mortis exstiterint, *l. un. h.* unde ad nuncupativa testamenta non pertinent hæ bon. possessiones, proprie & instituto primævo, sed tamen postea ad illas quoque translatæ sunt, *l. 8. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* Cæterum, quæ testato dantur, sunt vel contra, vel secundum *Tabulas*, ut *infra*.

Tit. III.

De Bon. poss. furioso infanti &c.

QVi sub Curatoribus sunt, petunt per hos bon. possessionem, sic tamen, ut eorum negligentia non præjudicet infantibus, furiosis &c. licet aliter sit scriptum in *l. 7. §. ult. de bon. poss.* si modo recte ibi sit scriptum, vel nisi de præjudicio tutoris aut patris hoc tantum intelligatur. D. Wissenbachius *ad tit. praeced. th. 7.*

Tit. IV.

De bon. poss. contra tabb.

COntra tabulas, Bon. possessio proprie datur liberis emancipatis præteritis, *l. 1. §. 6.* sed usus ejus more fori Rom. extenditur ad Suos, *l. 12. §. 1. h.* quin & interdum ad institutos: nempe, si unus liberorum sit præteritus, *l. 3. §. 11. & l. 10. §. ult. h.*

2. Est quidem ipso jure nullum id testamentum, in quo filiusfam. est præteritus, *l. 1. de injust. rupt. testam.* sed a Prætore nullitas illa non attenditur, quo minus tabulas hactenus agnoscat, ut adversus eas det bonorum possessionem contra tabulas, *§. 12. Inst. de hered. quæ ab intest.* Vigl. *in pr. Inst. de liber. hered. instit. n. 4.*

Tit. V.

De Legatis præstandis contra Tab. Bon. possessione petita.

LEgata tamen per hanc possessionem evertuntur, exceptis iis, quæ debentur parentibus & liberis, item uxori & nurui dotis nomine, *l. 1. h. t. l. 1. C. eod.* fratres & sorores hic non continentur, *l. 3. §. 1. h.* Suus tamen præteritus hoc utens remedio, nulla legata præstat, quia Prætor applicando ei suum remedium, conditionem ejus deteriorem facere non vult, quam jure civili erat futura, *l. 15. pr. h.*

2. Cum autem bonorum possessio contra tabulas, ne jure quidem novo sit abrogata, sed emancipatis præteritis nec hodie aliud remedium detur, sequitur, huic titulo adhuc usum manere suum. Pac. *h.* Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

Cur non detur aliud remedium? Sive enim Autoris hypothesin foveas, dabitur querela inofficiosi, sive nostram, erit remedium nullitatis, per ea, quæ sæpius supr. ad tit. Inst. de exhered. lib. tit. ff. de lib. & post. tit. inst. de inoff. test.

RESPONSIO.

Imo vero demonstratum est sæpius a nobis prædictis locis, discrimen inter suos & emancipatos, quod attinet ad successionem testamentariam. Demonstratum quoque, Novellam CXV. agere de Querela inofficiosi Testamenti, quæ datur exheredatis & præteritis, qui pro exheredatis habentur: quales non sunt filii præteriti a patre nec sui nec emancipati. Planeque ita dicendum sit, ut Præteritis Suis datur Querela nullitatis, non testamenti inofficiosi, ita emancipatis non dari aliud remedium quam vetus prætorium, quod est bonorum possessio

sessio contra tabulas. Etsi moribus hodiernis verum est, Bonorum possessionis Prætoriæ nullum a civilibus remediis usum superesse diversum, quemadmodum ad Tit. de liber. & posth. her. inst. vel exh. *demonstravimus.*

N. ADDIT.

Omisit Autor scholium præcedens, ex quo sensum capit scholium hic impressum. Ad id enim, quod dixerat Autor, emancipatis præteritis hodie non dari aliud remedium, addideram, imo dari aliud per Nov. 115. *ubi expresse dicitur, quod jure novo nec liceat emancipatos præterire aut exheredare, sine appositione alicujus ex causis ibi recensitis. Jam ad ea, quæ Autor hic respondet, facile excipi potest, quod et si jam a doctrina sua de querela inofficiosi, tam acriter superius citatis locis defensa, quoad suos præteritos recedat, tamen falsum sit, quod asserit, emancipatis præteritis non dari aliud remedium quam vetus prætorium. Cur enim non daretur etiam* ex d. Nov. 115. *querela nullitatis?*

Tit. VI.
De Collatione.

I. Continuatio, & definitio Collationis. II. Ratio conferendi jure antiquo. III. Jure recentiori, post adventitia paterna acquisitioni subtracta, nihil conferri, quam quod e substantia parentis profectum est. IV. Exceptiones ab ista regula. V. A quibus fiat collatio. VI. Quo modo fiat.

Si quis historiæ juris antiqui ignarus, & usus practici, quem habet hæc Rubrica, conscius, hanc inscriptionem videat inter capita juris antiquata, solo quasi loco destitutam, miretur qui factum sit merito, ut non potius de Collatione apud titulum de Familia ercifcunda, vel post doctrinam de Acquirenda Hereditate sit actum, quam medio inter bonorum possessiones loco. Hujus rei ratio cum sit historica, doctrinam Tituli, secundum ordinem temporis exponemus, præmissa definitione; quæ sic est nobis. COLLATIO est, *Qua liberi a parentibus vivis segregati, in divisione hereditatis communicant cum cæteris bona, quæ alioqui parentum fuissent.* Segregatio fit vel per emancipationem, vel sine ea, per separatam habitationem, aut negotiationem, quotiescunque liberi separatas a Parentibus rationes habere cœperunt.

2. Consideremus primo emancipationem. Pone exemplum juris antiqui; Pater habens tres liberos, unum ex illis emancipavit. Omnes interim aucti sunt hereditatibus aliisve lucris notabilibus. Liberi in potestate retenti, omnia Patribus acquisiverunt; Emancipati cuncta sibi, ut notum ex *tit. Inst. Per quas personas cuique acquir.* Proinde emancipati partem ferebant eorum, quæ Sui parentibus acquisiverant, Sui nihil de his, quæ acquisita fuerant ab emancipatis. Hoc erat iniquum; Ait igitur Prætor, *Si velitis esse participes omnium bonorum paternorum, ut per Edictum meum vobis licet,* conferte in medium, quæ a vobis interim quæsita sunt, & quæ Patrum fuissent, si in potestate mansissetis; nihil est æquius, ut liquet. Hoc autem ad emancipatos cum suis comparatos pertinet, non ad Suos, nec ad emancipatos inter sese, ut apparet *l. 1. §. 24. h. t.* Bona castrensia & quasi-castrensia quoque non conferebantur, quia Patri acquisita non fuissent, etsi maxime liberi in potestate mansissent, *l. 52. §. 4. Pro soc. l. ult. C. h. t. arg. l. 1. §. 19. in fin. h. t.* Nec ea bona, quæ post mortem Patris demum acquisita sunt, ut Legata liberis a parentibus relicta, vel ab extraneis, qui Parentes heredes institutos, jusserunt filiis præstare fideicommissum post mortem vel cum morientur; quia cum ipsi hoc tum præstare debeant, non est id, sub tempus mortis, ipsorum, *d. l. 1. §. 19.* Si vero aliter filio Legatum relinquatur, cum Pater morietur, hoc venit in Collationem, quia cum moritur Pater, ipse hoc per filium acquirit, *d. l. 1. §. 18.* quatenus moriendi momentum vitæ tribuitur, *l. 18. §. 1. de Manumiss. testam.*

3. Hactenus jure veteri, quo non tantum profecta ex rebus Paternis, sed & adventitia Patris erant propria, si liberi in potestate manerent; quæ proinde ab emancipatis conferebantur. Postquam adventitia bona paternæ acquisitioni subtracta sunt, quod intelleximus e *§. 1. Inst. per quas person. cuique acquir.* consequens fuit, eadem amplius non conferri ab emancipatis; quoniam ex illis nulla contra Suos, qui nec ipsi adventitia Patribus acquirunt, oritur inæqualitas, *l. ult. C. h. t.* Tu dices; Sui tamen præstant usumfructum Patribus suis; hunc vero emancipati retinue-

tinuerunt. An igitur usumfructum emancipati conferunt, vel si non conferant, an inde non oritur inæqualitas: Conferri, nusquam legitur ususfructus; ideoque cum alimentis, quæ Liberi a patre non segregati percepere, secus ac emancipati, compensantur, & si fortę reditus longe pluris sint quam alimenta, cum res & aliter se habere possit, hæc inæqualitas ad hypothesin redigi non potest: Vinn. *de Coll. c. 11. in fin.* Christin. *vol. Dec. 178. n. 1.* Quin eo res tandem redacta est, ut nihil conferatur, quam quod e substantia Parentis, cui succeditur, est profectum, *l. 17. C. h. t.* Hoc enim solum facit inæqualitatem, si non redeat in sinum hereditatis. Unde statuendum videtur, ne profectitia quidem in omni sua latitudine conferri. Nam quicquid occasione peculii profectitii acquiritur, etsi bona fortuna industriaque filii sit auctum, id est profectitium; etsi totum perierit & rursus multo sit auctius, id tamen est peculium, quod eo quoque tempore existit, *§. 1. d. tit. Inst. l. 32. §. 1. de Pecul.* Atqui in collationem venit id tantum, quod e paterna substantia ipso actu profectum est, *d. l. 17. C. h. t.* Proinde ne pro parte quidem dimidia conferendum videtur, etsi ita voluerit Bartolus in *l. 6. C. de Bon. quæ lib.* quem sequitur Fachin. *5. controv. 83.* Bachov. *ad disp. Tr. de collat. th. 6.* Vinnius *tract. de Collat. c. 14. a pr.* Non utemur rationibus, quas Vinnius vocat ineptas *d. cap. n. 3.* sed hac sola, quod ratio, quæ vult totum vel partem lucri e profectitio peculio quæsiti conferendam, parit inæqualitatem inter liberos, qua nihil collationi magis adversum est. Filius industrius de suo labore conferet in desidem; Emancipatus de lucro eorum, quæ ipse a parentibus accepit, nihil conferet; quia nihil inde Patri quæritur. Et tamen lucra ex labore Suorum participabit? hæc iniqua & a præsumpta Patris voluntate, ideoque etiam a conferendi jure aliena sunt. Nec dubium esse putem, quin ita moribus servetur, ut tantum liberi, seu Sui sive emancipati, conferant, *quod de substantia patris ad singulos profectum & erogatum est:* secundum sententiam Imolæ & Alexandri, quos refert & sequitur Nemanf. *Quæst. 21.*

4. Neque tamen hæc ipsa regula caret exceptionibus: I. Quod liberis est prælegatum ab ipsis parentibus, id non confertur, ut demonstratum est ex *l. 5. §. 7. & 19. h. t.* II. Donatio simplex a parente facta liberis, quia tam pater, quam mater, aliique adscendentes, aliquid uni e liberis *absolute* donantes, satis indicant, id se nolle conferri, quia tum non esset donatio vel liberalitas adversus illos solos, quibus donarunt, *l. 18. C. Famil. ercisc.* Excipitur casus non infrequens, si Parentes quibusdam e liberis donationem propter nuptias vel dotem dederint, uni vero, qui se a Parentibus non segregaverit, tantumdem fere donaverint simpliciter, cum reliqui dotes suas donationesque propter nuptias deinde conferunt, æquitatis ratio dictat, hanc quoque simplicem donationem, quæ ad æquandam ejus rationem cum cæteris liberis est facta, conferri debere, *l. pen. §. 1. C. h. t.* quæ exceptio firmat Regulam in cæteris. Huic tamen thesi graviter obstat lex *13. C. h. t.* ad quam varias responsiones proponit D. Wissenb. *ad h. tit. th. 12.* & præfert Cujacianam, quæ vult ab intestato liberos conferre donationem, non si e testamento succedatur, *3. Obs. 30.* Sed hæc distinctio absorbet regulam. Tempore enim Diocletiani & Maximiani, qui sunt auctores *d. l. 13.* collatio non fiebat e testamento, nisi Testator eam fieri præcepisset, *l. 1. §. 7. h. l. 10. C. h. t.* Ergo si donatio conferatur ab intestato, regula est, *eam conferri;* quia Collatio per se non habebat locum nisi ab intestato, eo, inquam, tempore *d. l. 13.* Quid si hoc modo? Primo quidem de liberis non suis manet regula; donationem non conferri, quam adstruximus. Lex 13. sic ait: *Si fundus tibi filiafamilias constitutæ a Patre donatus est, cum sorore Patri communi succedens eum præcipuum habere contra jura postulas.* Filiafamilias igitur donationem conferre cogitur, non liberi extra Patriam potestatem constituti. Quid ita? quia donatio facta filiofam. est invalida propter vinculum patriæ potestatis, *l. 1. §. D. Pro donato.* Proinde non videtur e bonis paternis alienata res, sed conferenda. Solet quidem dici, morte Patris convalescere donationem, ex *l. ult. C. de donat. int. Vir. & Ux.* Sed hoc usque eo valere, ut etiam collatio prohiberetur, necesse dictu non fuit. Hodie sane quicquid *d. l. 13.* sit statuendum, non dubitabimus, quin donatio generaliter sit extra collationem posita, excepto casu *d. l. pen. §. 1.* quæ in aliis casibus non conferri donationem, tradit atque supponit. Adde super hoc quæsito Vinnium *de Coll. c. 25.*

III. Regula cessat in iis, quæ Parens dignitatis acquirendæ causa filio donavit, *l. 1. §. 16. h. t.* quatenus hoc non incidit in nundinationem dignitatum Legibus prohibitam, quæ collationis honore minime digna haberi potest. Imo de omnibus militiis sive muneribus, quorum venditio publice

 permis-

permissa est, videtur dicendum, in iis non cessare collationem, per *l. pen. in pr. C. h. t.* ubi non confertur ipsum pretium, sed lucrum e tali militia usque ad mortem parentis perceptum. Quid videtur de moribus hodiernis, quatenus multæ dignitates apud plures populos venales habentur, ut non modo de Gallia, sed etiam de pluribus aliis populis constat? Puto non erraturum, qui sic statuat: Liberos, pro quibus Parentes emerunt officia, conferre debere, vel pretium, quod Parentes expenderunt, vel lucrum, quod ex illis officiis redactum est, deducto pro ipsis operæ suæ pretio, *per d. l. pen. in pr.* Verum quod honoris causa pro dignitate filii, non ut pretium dignitatis erogatum est, non videtur esse conferendum, *d. l. 1. §. 16. h.*

IV. Exceptio est in his, quæ parentes liberis suis studiorum causa prorogarunt,* nisi constet, eos animum habuisse credendi, *l. 50. D. Famil. ercisc.* de quo si non constat ex aliquo facto, filii hoc habent præcipuum, etsi res aliquando sit durioribus circumstantiis. Mater quædam, inscio marito, sumserat mutuo duo millia florenorum, quæ filio peregre agenti subministraverat, ut studia absolveret honoresque doctorales caperet. Hæc obligatio, forte soluta, reperta erat in matris hereditate, quam reliqui liberi filio isti, a quo consumpta erat pecunia, in diminutionem suæ portionis offerebant. Sed frustra, cum aliud nullum maternæ voluntatis argumentum existeret, isque ad privilegium *d. l. 50.* provocaret. Cujusmodi autem argumenta illa esse oporteat, petendum ex *l. 34. de Negot. gest. & l. 15. C. eod.* Quid si mortuo Patre, fratres, quorum unus erat studiis initiatus, in paternorum bonorum communione perseveraverint, an sumptus in consummationem studiorum erogati, in Communionem imputandi? Affirmat D. Wissenbach. *h. t. th. 14. arg. l. 52. §. ult. & l. 59. §. ult. pro soc.* Illi quidem textus vitio citati videntur. Tu dic, si Liberi expresse universalem societatem contraxerint, quod vix unquam fit, vera potest esse Wissenbachii sententia, per *l. 72. §. 1. pro Soc.* verum si Liberi bona parentum indivisa possederint, cum nulla sit inter eos societas, verum singuli suas in hereditate portiones habeant, certum est, singulos onera quoque sua ferre debere; nec aliter in usu hominum rationibusque Curatorum, qui plurium pupillorum ejusdem patrimonii Curam administrant, *omni die servatur.* De libris studiorum causa emptis filio, non est recedendum a sententia *l. 50.* nisi majoris pretii bibliotheca sit collecta, quæ cum pecuniariam recipiat æstimationem, quod de acquisitione doctrinæ secus est, non liquet ratio, cur illa, quatenus superest, conferenda non sit, ut recte Busius ad *d. l. 50.* & Gudelin. *2. de jur. noviss. c. 19.* De militibus idem quod de studiosis obtinere, non dubitatur, *l. 4. C. Famil. ercisc. l. 11. de Castr. pecul. & l. 1. C. eod.* quod de artibus mechanicis nusquam proditum est, vid. *l. ult. C. de Inoff. testam.* Verum tamen in his etiam mechanicis non quidem meritum causæ, sed præsumpta parentum voluntas efficiet, ut ne modicæ impensæ producendis liberis factæ, illis imputentur neque conferantur, *arg. d. l. 34. de Negot. gest.* ubi de Alimentis, circa quæ sæpe etiam quæritur, an sint conferenda, si quidam e liberis diutius alti fuerint e bonis parentis quam alii. Si factum hoc sit, postquam a parentibus fuerant segregati, collatio videtur habere locum, nisi causæ prægnantes pietatis & miserationis appareant: Secus, si ante segregationem hac parte quædam arguatur disparitas. Plerumque enim liberi vel suis operis victum merent, vel Parentis voluntas e credendi animo & repetendis impensis aliena est. Quibus in rebus opus est prudentia judicis, arbitrioque & æquitatis moderatione, secundum *d. l. 34.* Limitationes alias vide apud Fachinæum *lib. 5. contr. c. 73.* Denique, sumptus nuptiales, item vestes, mundus muliebris, inaures, armillæ, aliaque ornamenta solent extra collationis Legem haberi, nisi pater aliud dixerit, ut sæpius usu venit; adde sis, etiam nisi magni sint pretii, præ-

* Etiam apud nos studiorum sumtus hoc privilegio fruuntur, quod confirmavit *Dec. El. 50.* sive pater sive mater eas suppeditaverit. Carpz. *P. 3. C. 8. def. 17.* nisi (1) Pater aliud voluerit, quod ex sola consignatione in libello facta, colligi nequit *d. Dec.* Philipp. *ad eand. Obs. 3.* Finckelth. *obs. 11. n. 6. seqq.* Richt. *ad Auth. habita. prsv. 6. n. 9.* Diss. Carpz. *P. 3. C. 11. def. 20.* j. Hartm. Pist. *l. 1. qu. 19. n. 5.* Struv. *S. J. C. Ex. 37. th. 28.* (2) male sint consumti, *d. Dec. §. f.* (3) tanti sint, ut reliqui liberi legitimam non habeant salvam, *d. Dec.* Hartm. Pist. *l. 1. qu. 19. n. 14.* (4) bona adventitia filii pater administraverit, cum sic ex filii potius bonis, quam ex suis, sumtus studiorum suppeditasse censeatur, secundum sententiam Carpz. *P. 3. C. 11. d. 19.* Philipp. *ad d. Dec. Obs. 2.* j. Carpz. *l. 8. Resp. 71.*

sertim

fertim si adhuc supersint. Vide Gailium *2. obs. 91. num. 2.* Tulden. ad *h. t. C. n. 10.* Perez. *ibid. n. 16.* Gudelin. *d. cap. 19.* Denique, pecuniam pro liberis ab hostibus redimendis expensam non conferri, vult ratio æquitatis & miserationis, *l. 7. C. de postlim. rev.*

5. Sequitur articulus, Qui conferant; in quo varietatem esse magnam juris antiqui & novi, ex superioribus intelligi potuit. Olim enim soli emancipati conferebant Suis, quoniam illi soli his faciebant injuriam; Sui inter se non habebant collationis materiam, quia profectitia & adventitia cuncta Patri communi quæsita, erant in hereditate, Castrensia vero & quasi - non suberant collationi. Nec inter emancipatos fiebat, etsi acquisitiones illorum fuissent inæquales; Hoc enim quisque sine alterius injuria, cum ad hereditatem Patris nullo modo pertineret, retinebat: vide sis *l. 1. pr. & §. 5. l. 2. §. 5. & l. 10. h. t. l. 15. C. h. t.* Sed postquam sola conferri cœperunt ea, quæ ex hereditate communi profecta sunt, exceptis iis, quæ diximus, res loquitur, jam nihil interesse suus, an emancipatus sit, qui auctus est ex bonis defuncti, verum omnes liberos parentibus utriusque sexus succedentes, inter se conferre, quod e defuncti bonis perceperunt; olim, ut dictum ab intestato tantum; hodie quoque, ni prohibitum sit, testamento facto, *d. l. 17. C. h. Nov. 18. c. 6. Auth. Ex testamento. C. h. t.* Proinde etiam ubi diverso jure succeditur, qua de re olim varie dubitatum fuit, ut ex jure veteri deduxit Vinnius *d. tract. de Collat. cap. 6.* Sub liberis etiam nepotes & pronepotes continentur, qui non modo descendentibus ejusdem, sed & liberis primi gradus conferre tenentur, scilicet ex persona parentum suorum, quos repræsentant, *l. 17. & l. 19. 20. & Auth. Ex Testam. C. h. t.* junct. *l. 7. h.* idque tametsi non sint heredes suorum Parentum, *argum. l. 149. & l. 177. de R. J.* Etenim Collatio est onus successionis, qua nepotes admoventur avo aviæque defunctis, quibus jure proprio non tanquam heredes suorum parentum prædefunctorum succedunt; attamen ita ut repræsentent suos parentes pariterque tantum capiant, quantum illi fuissent habituri, consequenter & onus, quod illi tulissent, agnoscere debent, ne plus auferant, quam illi ferre potuissent. Atque ita satis in Foro constanter observatur.

Qua occasione sæpe quæsitum est, an nepotes, qui non sunt heredes suorum Parentum, conferre debeant æs alienum, quod sui Parentes defuncti avo aviæque debebant. Species facti talis est; Titius habens quatuor liberos, singulis dedit dotem donationemve propter nuptias, fere æquales. Sed uni ex illis minus secundos rerum successus habenti dedit aliquot millia mutuo, quorum obligationes in hereditate reperiuntur. Mortuo filio isto æris alieni reo liberi, nepotes defuncti, repudiata patris hereditate, cum cæteris Avi hereditatem adeunt, & admittuntur, non ut heredes suorum Patrum, sed tamen ut hos repræsentantes. In hereditariam portionem suam adsignantur illis obligationes æris alieni, sive nomina Parentum, quæ recusant: Ajunt, se non esse heredes suorum Parentum, ideoque non cogi agnoscere eorum æs alienum. Replicant cæteri: Non agnoscetis ut heredes, sed tamen ut repræsentantes Parentem vestrum, ne plus habeatis, quam ille accepturus fuisset. Duplicant nepotes; Parens noster suum æs alienum tulisset, non ut hæres jure collationis, sed ut debitor jure obligationis: Prius illud nos tangit, non posterius. Proinde cum æs alienum non sit materia Collationis; nos ad conferendum illud non tenemur. Quod est verum; Confertur enim quod non est in hereditate, sed in bonis coheredis, *l. 6. C. h. t.* Atqui æs alienum est in bonis defuncti creditoris, non ejus qui debet, *l. 49. de V. S.* Avus creditor hoc æs alienum vivus repetere potuit eoque animo credidit, ne post mortem demum conferreretur: Ideoque terminis habilibus collationis in eo non existentibus, nepotes ad collationem teneri non possent. Ita consulti respondimus atque ita judicatum est.

Prodita autem est *Collatio* tantum in Descendentibus. Adscendentes & Collaterales nusquam Jure Collationis uti leguntur. * Exempli gratia; Patruus aut Matertera fratris aut sororis liberos relinquit heredes; uni ex illis viva dotem vel donationem propter nuptias dedit. Reliquis nihil dedit. Hi petunt, ut frater aut soror id, quod e defuncti substantia ad illum illamve

* Quoties tamen apud nos Uxor marito succedere cupit, non modo quæ a marito accepit, sed etiam omnia sua bona conferre tenetur. *P. 3. C. El. 20.* (vid. supr. *P. I. p. 276.*) mediante inventario vel specificatione jurata. Carpz. *ad d. C. def. 9.* Regulariter autem hanc conferendi necessitatem, in uxoribus ex statuto succedentibus deficere, monet id. *l. c. def. 7.* Berlich. *P. 3. Concl. 27. n. 48.*

per-

pervenit, in commune conferant, ut æqualiter partiantur. Quæritur, an teneatur. Non tenetur, sed quod accepit, habet præcipuum; si defunctus aut defuncta secus non præceperit; Collatio legibus nusquam injungitur. Cur minus in Patrui quam in Patris successione? Ratio quærenda videtur in affectione Parentum, qui cum Liberis æqualiter ad alimenta, quorum respectu hereditas debetur, præstanda teneantur, ipsam hereditatem æqualiter illis relinquere voluisse præsumuntur. Cui præsumptioni & æqualitati consentaneum est, ut quod uni præ cæteris antea datum est, id post mortem in commune conferatur. Sed reliqui Testatores, extra Parentes in eo, quod vivi quibusdam heredibus dederunt, promiscuo liberalitatis arbitrio usi videntur, non ut cum cæteris, quibus nihil dedere, conferatur. Atque ita juris & observantiæ indubitatæ est: Quemadmodum etiam, si descendentes cum extraneis succedant, his etiam nihil conferunt, *l. ult. C. Comm. utriusque judic.* Qua in re notandum est ἀπροσδόκητον: Nepotes ex filio pro extraneis haberi posse, quando filius est superstes, quia tunc avus nos instituere vel Legitimam illis relinquere, cum Pater eos præcederet, non cogebatur. Ubi autem Legitima non debetur, ibi nec Collationis esse facultatem, satis exploratum est. Unde regula: *Quæ computantur in Legitimam, etiam ab intestato conferuntur, l. 20. in pr. C. h. t.* Tu vide Sandium *lib. 4. tit. 10. def. un.*

6. Sequitur modus conferendi, qui triplex proditus est, ut vel Re fiat, vel Cautione, vel Remissione. Re, cum res aut pecunia repræsentatur, *l. 1. §. 11. h.* Cautione, cum fidejussor, vel pignus datur, *l. 1. §. 9.* Remissione, cum is, qui conferre debet, tanto minus ex reliquis bonis capit, *§. 12.* Unde colligitur, non præcise res ipsas, sed rem vel æstimationem conferri. Ab his tribus modis videtur esse diversus modus, quem in tritura forensi usuque hominum fere sequimur; Primo recensentur Facultates & commoda Hereditatis, interque ea pecuniæ, quas singuli heredes conferre debent. Hæ cum cæteris pecuniis in hereditate repertis, vel ex hereditate redactis, cumulantur, atque in Summam rediguntur; cujus singulis portio hereditaria adsignatur; Deinceps in solutionem datur singulis primo, quod conferre debent, *respective*, ut ajunt. Videtur esse modus ille *brevis manus*, ex eo, qui Re & qui remissione fit, quodammodo mixtus. Sed an conferentes etiam ad usuras tenentur? Respondetur, eos teneri, a tempore mortis, vel potius a tempore moræ, quia divisio hereditaria est bonæ fidei, *§. 28. Inst. de Act.* non debetur, a tempore, quo liberi pecunias a vivis parentibus acceperunt; quoniam ante mortem parentis ad collationem non tenebantur, atque ita judicatum in Curia nostra, *inter Egbertum Dominici cum soc. & Antonium atque Johannem Jacobi. 29. Mart. 1642.* Hinc judicandum fuit de tali specie. Cajus & Caja conjuges, quibusdam e liberis suis dederant dotes & donationes propter nuptias. Cajo mortuo, liberi bona Paterna diviserant, sine collatione. Duodecim post annis Caja matre mortua de collatione est actum; Qui nihil acceperant, petebant usuras saltem a morte Patris; Respondi, usuras dimidiæ partis, respectu hereditatis paternæ, currere a tempore divisionis illorum bonorum, quia tum facienda fuisset Collatio, quatenus a Patre facta erat dotatio. Respectu maternæ hereditatis non deberi usuras: *Kalendis Junii 1688.* Quod si paterna bona post obitum matris divisa demum fuerint, usuras plane non currere, dicendum, quia mora tum nulla commissa videtur.

7. Porro collationem recusanti coheredi, jura quoque & actiones hereditarias negari non est dubium, *l. 1. §. 13. h.* Quid autem si coheres, qui conferre deberet, contentus sit nihil de rebus aut actionibus hereditatis percipere, sed omnia relinquere suis fratribus & sororibus, qui tantum inde redigere non possunt, quantum alter a vivis parentibus jam pridem accepit, an potest ad conferendum compelli? Sæpe nobis hujusmodi species offeruntur. Parentes bonis temporibus liberis suis natu majoribus dederunt luculentas dotes aut donationes propter nuptias. Deinde coarctatis temporibus & patrimoniis, mortui parum in bonis reliquerunt, ut Liberi juniores parum aut nihil inveniant. Quæritur, an majores natu dotes suasque donationes nuptiales conferre cogantur in medium. Respondendum est, Si Liberi majores hereditatem adierint aut se pro herede gesserint, eos teneri ad conferendum, etsi multo plus sint collaturi, quam denuo percepturi. Tenentur enim tunc ut heredes oneribus hereditariis. Quod si hereditatem repudiaverint, non tenentur; quia collatio est onus & consequentia successionis, *l. . C. de Collat.* ubi; *Successionem obtinentes. & l. 16. eod. Patri succedentem. & passim.* in terminis autem in *l. ult. h.* Rursus ex usu facti quæsitum;

Filia

Filia cum genero Patri dans apocham, in ea promiserat, se post mortem Parentis dotem esse collaturam. Juniores liberi, cum post obitum Parentis dimissis creditoribus, nihil esset in medio, sororem natu majorem ex illa promissione conveniebant, ut conferret dotem inter se partiendam. Respondi consultus, eam tamen non videri ad conferendum cogi posse; quia promissio collationis supponit qualitatem heredis; qua deficiente, sicut collatio sic etiam promissio Collationis cessare videtur. Filia vero in illo casu renunciaverat hereditati Paternæ. Quo casu dotem quoque promissam & non solutam a fratribus, qui hereditatem adierunt, peti posse responsum est *in d. l. ult. h. t.* Sed non fuerat ibi promissa collatio. Ex promissione vero dari actionem adversus non conferentem quanti ea res erit, habetur in *l. 5. §. 1. & ult. h. t.* Sed agitur ibi de his, qui post mortem Parentis promiserunt, *in pr.* Non est igitur, ut ex promissione Collationis vivis parentibus facta, quisquam teneatur, quia nec aditio hereditatis tum facta valet, ut suo loco intelleximus. Si quis autem negaverit Collationem, credens tantum, pro sua parte non superesse quantum collaturus sit, videtur ne repudiasse, an adhuc admitti poterit? Benignior sententia prævaluit, ut variantes non repellantur, neque mutantem consilium Prætor adspernetur, *l. 8. h. t.* Cæterum quod de dote non conferenda, si is qui accepit, non adeat hereditatem, diximus, id saltem cum exceptione Legitimæ accipiendum, ut liberi juniores inofficiosas Dotes revocare possint ad quantitatem Legitimæ suæ, *l. un. C. de Inoff. dotibus.*

TIT. VII.
De Dotis Collatione.

Nihil crebrius hodie confertur, quam Dos & donatio propter nuptias, *l. 19. & l. pen. §. 1. C. h. t.* olim & adventitia, sed hodie profectitia tantum, id est, quæ ex bonis defuncti Parentis, etiam matris profecta sunt, *l. ult. C. de Collat.* Confertur autem quod de dote recuperari potest, *l. 1. §. 6. h.* quod limitatur ex *Nov. 97. c. ult.* ut si filia majorennis & sui juris, virum non excusserit, vel filiafam. patrem non monuerit, solidam dotem præstet. Cætera, quæ ad conferendam dotem pertinent, ex titulo præcedenti ἀπὸ κοινοῦ repetenda; Parum enim abest, quin totius tituli de *Collationibus* argumentum in Collatione Dotis & donationis Nuptialis consumatur.

Verum enimvero, quod de Dote non conferenda, si absque filiæ culpa deperdita sit, diximus, usu Fori nostri non servatur, quod etiam scribit Alciatus 4. *parerg. C. 9.* & de moribus Hollandiæ Vinnius *tract. de Collat. c. 2. §. ult.* Cujus *moris*, ait, *hæc est ratio, quod Patria potestas apud nos matrimonio solvitur, ut proinde filia ad dotem repetendam, Patris consensu non indigeat.* Sed hæc ratio non sufficit; quia prædicta *Nov. 97. cap. ult. & Auth. Quod locum. C. h. t.* inde sumpta, loquuntur tam de filia sui juris & majorenni, quam quæ est in Patria potestate. Proinde sit hæc potius ratio, quod dotes proprie dictæ vix amplius ullæ sunt, utique pecuniæ liberis datæ a Parentibus ad sustinenda matrimonia, non sunt dotes, quæ Viris debentur, sed a filiis filiabusque in communionem conjugalem inferuntur, ac ita paraphernalia fiunt, ut *supra de Jure Dotium* probavimus. Unde, quod de dotibus antiqui moris sancitum est, ad res diversi instituti non pertinet. Quod si parens non filiæ, sed genero dotem nominatim dederit, quod raro fit, apud nos forte a *d. Auth. Quod locum.* non fuerit recedendum, quod quidem attinet ad filias majorennes.

TIT. VIII.
De Conjungendis cum emancipato liberis.

Jure Prætorio filius emancipatus succedebat; & ejus filius in potestate retentus jure civili. Sed ne uni stirpi gemina successio advolveretur, Prætor in tali casu filium emancipatum cum nepote jungebat, ut pro uno fungerentur.

2. Sed cum hodie nepotes, licet sui, ab intestato veniant post filium, quamvis emancipatum, *Nov. 118. cap. 1.* nihil opus est hoc remedio.

lati sunt, & clientes, qui se aliis defendendos committebant, *l. 1. & l. 14. C. de Advoc. divers. judiciorum.* Ovid. *lib. 2. de Amor.*

- *Qui modo Patronus, jam cupit esse cliens.*

2. Ex priore significatione fluxit alia, per quam liberti manumissoribus suis jure Patronatus obnoxii dicebantur; nec enim honestior & simul ad rem justior inveniri potuit comparatio. Atque hic est hujus Tituli sensus. Jus autem Patronatus, tam inter vivos, quam mortis causa exercetur. Inter vivos sunt obsequia, officia, munera, de quibus *in seqq. tit.* & alimenta, si egeant, quod ad liberos patronorum extendebatur, *l. 5. §. 18. & seqq. de Agnosc. & Alend. lib.* de quo apud *Tit. de Bonis Libert.* & quo respectu datur præteritis patronis bonorum possessio contra tabulas, *l. 21. pr. & §. 1. h. t.* Amittitur hoc Jus Patronatus, quando Patronus inopem libertum alere recusat, *l. 5. in fin. h. t.* Exactione jurisjurandi illiciti, ut quod libertati adversetur aut utilitati publicæ, *l. 24. de Bon. Libert.* Finitur etiam, quando libertus ob ingratitudinem *in servitutem* Patroni redigitur, ut si delatores ei submiserit, *l. 5. pr. h.* ex Edicto Claudii, ut patet ex *d. l. 5. &* Suetonio in *vita Claud. C. 25.* Non tamen ob quamlibet ingratitudinem ἀναδουλῦται, *servitute mulctatur*, ut patet ex *l. 1. & l. 7. §. 1. h. t.* qui textus conveniunt cum eo, quod Tacitus refert, cum relatum esset, ut *adversus male meritos libertos revocandæ libertatis jus patronis daretur*, Cæsar ita scripsit Senatui; *privatim expenderent causam libertorum, quoties a patronis arguerentur, in commune nihil derogarent. lib. 13. cap. 26. & 27.* Adde Wissenb. *h.*

3. Tertium jus Patronatus, est ex jure Canonico, *Facultas præsentandi aliquem ad munus vacans Ecclesiasticum*, & competit iis fere, qui templum ædificarunt, dotarunt, aut fundaverunt, *c. illud in fin. c. nobis fuit. 25. X. de jur. Patronat.* ejusque rei similitudo extat in jure civili, *Nov. 57. c. 2. Nov. 123. c. 18.* Quanquam autem hoc jus sit ex Canonibus Pontificiis, atque a simplicitate Evangelica remotum, tamen inter Protestantes etiamnum viget, inter alia multa instituta voluptatibus aut ambitioni servientia; ut etiam a pontificiis hominibus exerceatur, quod tamen apud nos prohibitum; Habent heic possessores immobilium cujusque pagi jus præsentandi, ut tamen alieni a Religione reformata excludantur. Longe satius est eam rem Ecclesiæ committere: Omnino tamen illicitum esse jus illud Patronatus, dicendum non videtur, cujus rei locus alius est *examinandi.*

Tit. XV.

De obsequiis Parentibus & Patronis præstandis.

Officia, quæ Liberti patronis suis debent, sunt vel obsequia, vel operæ, *l. ult. d. Si ingenuus.* ubi, *sive operæ petantur, sive obsequium desideretur.* Obsequium significat heic cultum & reverentiam. Ita Justinianus in *Nov. 78.* τὸ καλύμενον ὀψέκιον explicat, per πᾶσαν αἰδῶ καὶ τιμὴν, *omnem reverentiam ac honorem.* De his est summa regula; *Liberto & filio semper honesta & sancta persona Patris ac Patroni videri debet, l. 9. h.* Hinc non possunt eos sine venia Prætoris in jus vocare, *l. 4. & l. 12. de in Jus voc.* Non possunt adversus eos actionem movere famosam, nec opponere talem exceptionem, *l. 2. l. 5. §. 1. h. & l. 11. de dol. mal.* Non possunt ab illis exigere juramentum calumniæ, *l. 7. §. 3. h. t.* Atqui juramentum calumniæ *neque* Patrono *neque* Parentibus remittitur, est in *l. 34. §. 4. de Jurejur.* Non liquet alia responsio, quam χειρεργική; Legendum esse *aque* Patrono *atque* Parentibus. Cujac. *9. obs. 37.* & valeat non tam auctoritate, quam necessitate. Tamen & auctoritas adest Basilicorum, qui vertunt ita, ὅτι οὐκ ὄμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων, *quod jusjurandum non præstat pater aut patronus.* Sic igitur isti tum temporis legerunt *d. legem 34.* Denique, liberi & liberti non possunt Patronos atque Parentes in solidum excutere, sed tantum, quatenus facere possint, *l. 7. & §. 1. h. t.*

LIB. XXXVIII.

Tit. I.

De Operis Libertorum.

POst obsequia sequuntur operæ Libertorum. * Quemadmodum domini a servis operas, tam mere personales, quam fabriles & lucratorias percipiebant, (quomodo Crassus dives integras fabrorum familias habebat servorum, quos ingenti suo lucro per urbem exercebat, ut testis est *in ejus vita* Plutarchus,) ita postquam manumiserant eos, de singulis operarum speciebus quasdam reliquias servabant; quas etiam servi incitandæ spei futuræ libertatis, libenter promittebant. Igitur Operæ sunt diurnum officium, *l. 1. h.* Dividuntur in artificiales & officiales. Artificiales, quarum præstatio pecuniaria utilitate constat, veluti fabriles, *l. 6. h.* Officiales ad personam patroni pertinent, *l. 3. §. 1. h.* Illæ nonnisi promissæ, hæ quoque per se debentur, *l. 26. §. 12. de Condict. indeb.* nec transeunt ad heredem extraneum, nisi quæ vivo patrono cessérant, hoc est, indictæ vel petitæ fuerant, *lib. 29.* Fabriles in quoslibet heredes transeunt, *l. 6. & l. ult. h.*

2. Solebat libertus patrono præter operas etiam polliceri donum & munus; unde conjunctim *donum*, operas, munus, quæ libertus patrono se præstiturum jurabat, *l. 7. in pr.* Hoc jusjurandum, ut & dotis dictio, referuntur inter species verborum obligationis a Cujacio in *pr. comm. de V. O.* contra quam Donellus *pr. ad d. tit. n. 7. & seqq.* Esse illas species obligationum, liquet e Cajo *lib. 2. Inst. tit. 9. §. 4. & seqq.* ubi post species quatuor contractuum, hasce duas recenset; esse verborum obligationes, non ait idem; at fatendum, propius eas accedere ad hasce, quam ad ullam speciem aliam. Cæterum, munus & donum differunt, ut genus & species. Nam donum est, omnis liberalitas; Munus est donum cum causa, ut puta natalitium, nuptialitium, *l. 194. de V. S.* Alias donum est rei majoris, munus in re leviori consistit, adeoque gradu hæc tria differunt, donum, munus, xenium, *l. 6. in fin. de Off. Proconf.*

Tit. II. & III.

De Bonis Libertorum & de Libertis Universitatium.

JUs Patronatus in successione Libertorum sine prole morientium, novissime constitutum fuit a Justiniano, aliter ab intestato, aliter testato. Ab intestato Patronus simpliciter succedit. Testato, distinguitur, utrum libertus ultra centum aureos in bonis habuerit, an secus. Si minus centum aureis reliquerit, Patronus impune præteritur. Si major centenario sit, habet bonorum possessionem contra tabulas, olim in semissem, hodie in trientem, *§. ult. Inst. de Success. libert.* Aliter olim ex XII. Tabulis, Lege Papia, & Edicto Prætoris, teste Ulp. fragm. *tit. ult. d. tit. Inst. de Success. libert. §. 1. & 3.*

Quod juris est in libertis privatorum, idem exercent Universitates in suos libertos, habeantque bonorum possessionem contra tabulas. Et hinc notandum; Universitates regulariter eodem jure uti, quo privati utuntur. Hactenus *ad tit. III.*

Tit. IV.

De Assignandis Libertis.

JUs patroni transit æqualiter ad liberos heredes; nisi uni ex illis libertum adsignaverit Pater; quod potest pro arbitrio; sive testamento, seu aliis quibuscunque verbis; modo is, cui adsignatur, in potestate sit, *l. 13. §. 1. h.*

2. Quod si quis ex pluribus filiis in potestate retentis uni, simulque filio emancipato liber-

* De operis rusticorum in Saxonia, videri potest die Landes-Ordn. *d. Ann. 1555. tit.* Baufuhren §. demnach. *Corp. Jur. Sax. p. 50. P. 2. C. El 51. & Decis. Fl. 33.* quæ eorum determinationem regimini Aulico reservat. Plenius de iis actum fuit a Mencken. in *Tract. ff. Synopt. h. tit. p. 458. sqq.*

tum assignaverit, emancipatus per fratrem integri juris, cui junctus est, beneficio adsignationis fruetur, *l. 2. h. t.* Sæpe alias hoc fit, ut quod quis a se non habet, per alium adipiscatur. Quod tamen caute accipiendum, neque tam late quam vult Thomasius *ad pos. ult. h.* Adde Wissenb. *ad h. t. th. 9.*

TIT. V.

Si quid in fraudem Patroni factum sit.

SI patronus legitimam partem ex bonis liberti testati consequi nequeat, habet actionem Favianam; si intestati, Calvisianam; quibus revocat ea, quæ in fraudem portionis suæ legitimæ sunt alienata; & quidem hæ actiones sunt personales, *l. 1. §. 26. l. 3. §. 3. h.* Etsi non sit ex contractu, verum detur adversus eos, qui Patrono non sunt obligati, sed in quos facta est alienatio. Neque tamen est ex aliquo jure in Re, ut in rem actio nihilo magis esse queat, verum est in factum actio, *arg. l. 1. in pr. l. 10. in fin. pr. de His, quæ in fraud. Cred.* Cujusmodi actiones sunt personales, *l. 25. de O. & A.* In fraudem vero facta videtur alienatio, quando facta est dolo malo inter vivos; aut mortis causa simpliciter, *l. 1. §. 1. h.* nisi facta sit in filium, *§. 2.* Quod fecit est in alienatione judicii mutandi causa facta, quæ per ultimam voluntatem facta, dolo malo facta non videtur, *l. 8. §. 3. de alien. jud. mut. c. f.* Cæterum, non acquirendo, libertus in fraudem Patroni alienasse non censetur, *d. l. 1. §. 6.*

TIT. VI.

Si tabb. testamenti nullæ extabunt, Unde liberi.

FUerunt ita cunctæ Possessiones, quæ testamento facto competebant. Ab intestato bonorum possessiones olim erant octo. Ex quibus in pandectas quatuor sunt relatæ, cæteris abolitis, de quibus vid. *tit. Inst. de Heredit. ab intest. & de bon. poss.*

Prima in Pandectis, Unde liberi. quæ olim pro emancipatis, qui lege XII. Tabb. non vocabantur, introducta; dein ad Suos producta fuit, utilitate potius forensi, quam necessitate, cum hi & jure civili fuerint heredes, *§. 2. I. de Success. ab intest. pr. I. de bon. poss. l. 1. §. 1. h. t.*

TIT. VII.

Unde Legitimi.

BOnorum possessio altera est, Unde Legitimi, per quam vocabantur omnes, qui ab intestato Lege XII. Tabb. poterant esse heredes; maxime vero Agnati, *l. 2. §. ult. ff. Und. leg.*

Quid autem opus fuit illis Edicto, quos Lex vocabat? Vix dixerim, nisi quod Prætor illos voluit insertos inter suos atque cognatos, quibus Edicto necesse erat succurri; ideo, quod si Cognati immediate fuissent subjuncti, Prætor visus fuisset excludere velle agnatos.

TIT. VIII.

Unde Cognati.

TErtia bonorum possessio ab intestato est, Unde cognati, qua admittuntur hi, qui jure civili non admittebatur, juncti scil. per feminas, *l. 1. pr. Und. cogn.* & conjuncti per masculos, quorum agnatio per capitis diminutionem sublata erat, *§. 1. Inst. de Success. cognat.*

Quo sensu Modestinus in *l. 5. Unde Legitimi,* dixerit, *Inter agnatos hoc interesse, quod in agnatis* & cognati continentur, in cognatis non utique & agnati, cujus dicti contrarium videtur esse verissimum, id ænigma λογικῶς expositum est in *part. 2. Digress. lib. I. cap. 22.*

TIT. IX.

De Successorio edicto.

CUm defunctus diversorum ordinum conjunctos reliquerat, primum jus debetur Liberis, tum Agnatis, tertio Cognatis, postremo Conjugibus, ita ut si primus ordo non peteret vel excluderetur,

deretur, tunc secundus ordo vocaretur, *l. 1. pr. §. 8. & 11. de Succ.*

Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accrescit reliquis ejusdem gradus. Idem est, si quis cognatorum non petat, adeo, ut ad sequentem gradum non perveniat successio, quamdiu unus priore gradu adhuc petere potest, *d. l. 1. §. 8. 10. & 11.*

Tit. X.

De Gradibus & affinibus.

De gradibus & affinibus, eorumque computatione, dictum est ad *tit. Inst. de Nupt.* Nomina cunctorum affinium atque cognatorum, peti possunt, ex *l. 10. §. 12. & seq. h. t.*

At Canonistæ triplex genus adfinitatis habent, prout una & altera persona affinibus additur; ita ut uxoris meæ frater sit mihi primo genere adfinis, ejus uxor altero, hujus dein maritus tertio. Nimia & inutilis subtilitas! utilitatis tamen causa reperta. Add. Wes. ad *tit. ff. de grad. & adfin. n. ult.* ibique Bachov.

Tit. XI.

Unde Vir & Uxor.

Deficiente omni sanguinis linea, legitima & naturali, Prætor olim, ex præsumpta defuncti voluntate, & æquitate manifesta, conjuges admittebat in solidum, id recentiori jure confirmatum, *l. 1. C. Unde Vir & uxor.*

Neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustarum, de qua est in *pr. N. 118.* loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus, neque de fisco. Dissent. Corvin. *h.*

Cum autem vir & uxor jure civili, consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus fiat, esse necessaria, argumento insuper ex *l. 15. de C. & D.* suffragante.

Quanquam de lucro dotis vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst *1. miscell. 93.* Gail. *2. observ. 79.* Mynf. *5. obs. 99.* quippe dotis lucrum respectu matrimonii secuturi & implendi conceditur, at hæc successio ex solo affectu defuncti proficiscitur. Dixi ad *tit. de Sponsal. sub fin.*

Cæterum, præter quatuor bonorum possessiones ab intestato, quas habuimus, erant olim adhuc aliæ quatuor: I. *Unde decem personæ;* quæ pro illis erat, qui præferebantur patri fiduciario sive imaginario, cui naturalis Pater sine pacto fiduciæ filium mancipaverat; decem illi enumerantur in *§. 1. d. t.* II. *Tanquam ex familia.* III. *Pro Patronis.* IV. *Pro cognatis manumissoris* sive imaginarii emptoris illius. Quæ jure novo abolitæ, ne quidem in Pandectis, ut videmus, relatæ sunt. vid. *§. 3. & 4. Inst. de Bon. poss.*

Tit. XII.

De Veteranorum & militum successione.

Speciale in milite est, quod si capitali pœna ex delicto militari damnatus sit, ex ejus testamento peti possit bonorum possessio secundum tabulas: & ab intestato ei succedat legitimus heres, vel proximus cognatus, usque ad quintum gradum, eo deficiente, fiscus. Milite non damnato ab intestato succedunt cognati usque 6. 7. gradum, & post Legio, *l. 2. C. de hered. decur.* quæ sic capienda. Wissenbach. *h. t.*

Tit. XIII.

Quibus non competit bonorum possessio.

Non competit bonorum possessio ei, qui renunciavit, qui tempore exclusus, qui prohibendo defunctum ne testamentum mutaret, aliterve se indignum hereditate reddit, *l. un. hic.* cui lex hereditatem deferri vetat, *l. 12. §. 1. de bonor. poss.*

TIT. XIV.

Ut ex Legibus Senatusve consultis bonorum possessio detur.

PRætor bonorum possessionem iis pollicetur, quibus ut detur, lege vel SCto, vel Constitutione comprehensum est, *l. un. hic.*

Quæ extraordinaria dicitur: quia neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, connumeratur, *§. septima. Inst. de bon. poss.*

Requisita hujus bonorum possessionis duo sunt. 1. ut sit Lex aliqua nova, per quam deferatur; alterum, ut Lex nominatim sive specialiter eam deferat, *l. un. in pr. & §. 2. h. t.*

Quid autem; an lex dat bonorum possessionem, quæ utique semper est prætoria? sic est: nihil vetat, Legi Prætorem quoque succurrere: cujus sane ministerium in hac ipsa bonor. possessione requirit; ideoque & Prætor eam, etsi a Lege datam, pollicetur in Edicto suo, *§. 3. verf. septima. Inst. de bon. poss.*

TIT. XV.

Quis ordo in bonorum possessione servetur.

ORdo omnium bonorum possessionum hic est; Primo dantur ex Testamento; ibique primo contra tabb. dein secundum. Postea ab intestato Liberi, Legitimi, Cognati, conjuges, ordine, quo Rubricas habuimus *supra*, vocantur.

TIT. XVI.

De suis & Legitimis heredibus.

POstremo subjungitur successio civilis ab intestato ex L. XII. Tabb. Quæ primo vocabat suos, de quibus satis dictum ad *§. ult. de Hered. qualit. & alibi.*

Heredes Legitimi sunt vel ex lege XII. tabularum, vel ex jure novo. Ex lege XII. tabularum vocantur proximi adgnati. *Princ. Inst. de legit. adgnat. success.* inter quos ex Anastasii constitutione collocantur fratres & sorores emancipati, *l. 4. C. de legit. tut. & Inst. de success. cognat. §. 1.* & ex Justiniani constitutione filii sororum, *l. pen. C. de legit. adgn. success.*

Ex eadem lege XII. tabularum patroni, vel eorum liberi, succedunt libertis, *pr. Inst. de success. libert.* Tertio, ex ejusdem legis mente & interpretatione parentes succedunt liberis, quos emanciparunt, *§. ult. Inst. de legit. adgn. success.*

Hodie constat, longe alium esse ordinem succedendi ab Intest. de quo in parte I. *pr. libri tertii* fuse diximus.

TIT. XVII.

Ad SC. Tertullianum & Orphytianum.

LEx XII. Tabb. nullum jus capiendæ hereditatis matri liberisque invicem dedit; quia nulla agnatione junguntur. Sed a D. Hadr. SCto Tertulliano cautum est, ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad liberorum intestatorum bona admittatur.

2. Rursus ex SC. Orphytiano (D. Marci tempore) filii & filiæ matri succedunt: & ex constitutionibus principum, nepotes & neptes aviæ, etiam vulgo quæsiti, *tit. Inst. de SC. Tertull. & Orphyt.*

3. Horum pleraque longe aliter se habere JURE NOVO, constat ex iis, quæ ad *Nov. 118. in princ. libri tertii Institutionum* exposuimus,* qua Justinianus omne jus antiquum de Successionibus

* Differentiæ Communis & Saxonici Juris, traditæ sunt ibidem *P. I. p. 269. & seqq.* Superest, ut quod *p. 276.* promisimus, de successione Geradica & Heergewettica nonnihil addamus. Complectitur autem Gerada universitatem rerum mobilium, muliebri usui ornatuique inservientium. *LR. l. 1. art. 24.* quarum catalogum ordine Alphabetico suppeditat Struv. *ad Ant. Matthæi de Success. p. 401. seqq.* & pleniorem sententia Scabinorum Lipsiensium in Volckmanni Notariats-Kunst *P. 3. c. 19. p. 81. & 91.* j. Richter. *de Success.* induxit,

induxit, & fecit τὺς παλαιὺς νόμυς ΑΡΓΕῖΝ, *otiosis esse*. Non est opus jam Orphytiano, Tertull. ut matres liberis, aut liberi matribus succedant; simplicitas naturæ discrimen sexus repudiat. Ne inter Suos quidem & Legitimos discrimen est relictum, quod ad hereditatem attinet deferendam. Sed in acquirenda Hereditate quid intersit, vidimus *ad §. ult. I. de Hered. qual. & diff. & ad tit. D. de Aquir. Hered.* Neque plane Bonorum possessiones ab intestato petuntur a Prætore, cum Lex æquabile civile remedium omnibus præbeat. Excepta tamen bonorum possessione, quæ datur Viro & Uxori in mutua Successione; Cum enim de hac in *Nov. 118.* nihil sit constitutum, nihil apparet, ex quo Conjuges deficiente sanguine possint admitti, quam Edictum Prætoris Unde Vir & Uxor, ut monuimus *ad d. tit. supra.* Namque Justinianus in *d. Nov. 118.* de solis sanguine junctis loquitur. Ideo nec quod de Adoptivis olim placuit, mutatum videtur. Scilicet, Adoptivi ab aliquo adscendentium adoptati, succedunt invicem haud dubie, ab extraneo adoptati nullo modo, *l. 10. §. 1. in fin. C. de Adoption.*

4. Huc etiam pertinet Unio prolium. Accidit aliquando, ut liberi e diversis matrimoniis utrique conjugum promiscue succedant, per unionem prolium, quæ dicitur, & definitur; Pactio Conjugum de successione promiscua liberorum, quos habent e diversis matrimoniis, auctoritate Magistratus, præsentibus his quorum interest inita, per quam privigni jus naturalium in succedendo adipiscuntur. Sed hujusmodi pacta jure Civili valere non possunt, quia pacti; hereditas non datur, *l. 15. D. & l. 19. C. de pact.* nisi unio prolium fiat super jure filiationis, perque modum adoptionis, ut tum successio quasi pro sequela habeatur, ut vult Jac. Rick. *tract. de Unione prol. c. 3. n. 6.* qui tamen eam definit per solam conventionem de succedendo, *c. 1. n. 8.*

5. Apud nos, qui Jure Civili utimur, nullus ejus usus, nec si instituatur, valiturum puto; facit huc exemplum apud Sand. *2. 2. 7.* ne quidem adoptionis prætextu, quæ nec in mulieribus jure communi locum habere potest, cum feminis adoptio negetur, excepto casu orbitatis ex liberis amissis, *§. feminæ. 10. I. de Adopt.* Novi Clarissimum Virum Professorem in hac Academia, qui cum uxore talem prolium unionem instituere cupiens, Embdam profectus illic eam instrumento publico celebravit. Quæ an juris effectum in Frisia, si in controversiam vocata fuisset, habere potuisset, judicandum foret ex iis, quæ *de Conflictu jurium in diversis Imperiis*, collocavimus *ad titulum de Legibus part. præcedente pag. 537.*

6. Porro liberi naturales, qui per matrem solam junguntur, succedunt invicem, quia respectu matris nihil differunt a legitimis, ut diximus ad *d.*

ab Int. Sect. 1. Membr. 1. n. 70. seqq. & plenissimum rerum cum ad Geradam pertinentium, tum ad eam non referendarum, Celeb. D. Barthius im ausführlichen Bricht von der Gerade. *c. III. p. imprimis 163. seqq.* Debetur autem regulariter personis fœminini sexus & uxoribus, post mortem mariti, Wb. *art. 23.* sive nobilibus, sive ignobilibus. *P. 3. C. El. 20. & 37.* etiam ex concursu creditorum; ac cognatis, qui quandoque plenam, quandoque tantum Niftelgeradam, seu minus plenam capiunt, quæ certas tantum res Geradicas continet. Cum vero solum cognationis Jus hic spectetur, soror uterina cum germana concurret. Carpz. *P. 2. C. 14. d. 57.* Consanguineam autem & fratris filiam plane excludet. Extra ordinem interdum masculis Gerada defertur, ut (1) Clericis Materna, si modo sacris jam initiati sint; sororum & uxorum Geradam non capiunt. LR. *l. 1. art. 5.* Carpz. *P. 2. C. 14. def. 60.* filii Clericorum, licet Heergewettam non accipiant, a Gerada tamen quoque excluduntur. Carpz. *Jur. Consist. l. 3. def. 10. n. 14.* Dissent. Stryck. *ad Brunn. Jus Ecclesiasticum l. 2. c. 13.* verb. *vel consuetudine. p. 527.* Goldbeck. *de Gerada Sax. p. 36 n. 4* (2) Marito juxta Statutum Lipsiense *d. an. 1672. art. 1. vid.* Leipziger-*Statuta. num. 35. seqq.* der Stadt Leipzig. Ord. *Priv.* und *Stat p. 296. seq.* Heergewetta res expeditorias continet, quæ pertinent ad armandum eum, qui militarem expeditionem molitur. LR. *l. 1. art. 22.* Quid ad eam referatur, tradit Struv. *l. c. p. 417.* & Barthius *cit. libro c. 8.* add. Carpz. *P. 3. C. 38. def. 25. seqq.* Debetur ea Equitibus, LR. *l. 1. art. 27.* &, vi statutorum localium, quandoque etiam Civibus & Rusticis. Spectatur autem in hac successione solum Jus Agnationis, unde adscendentes materni & cognati ad eam pervenire nequeunt. Utraque, & Gerada & Heergewetta, præscribitur anno Saxonico. LR. *l. 1. art. 28.* nisi ob reverentiam Parentibus debitam haud sit postulata, Carpz. *P. 2. C. 3. d. 14.* Berl. *dec. 287.* Ill. Born. *de Gerad. th. 18.* ac, si successor habilis deficiat, ad Magistratum, qui superiorem Jurisdictionem habet, pertinet. *P. 3. C. El. 38. §. f. j.* LR. *l. 1. art. 28.* Carpz. *ad d. C. def. 14. 21. seq.* Id. *P. 2. C. 14. d. 61.*

Nov. 118. pos. 18. de spuriis idem sub limitatione posit. 19. *ibid.* de reliquis nefariis idem heic puta, quod dix. *ibid. posit. 21.* Adde Rittershus. ad Nov. *part. 7. C. 15. n. 1. & seqq.*

LIB. XXXIX.

TIT. I.

De Operis novi Nunciatione.

I. Continuatio, quid Nunciatio & quotuplex. II. Qui jus habeant nunciandi. III. Ob quas servitutes. IV. Cui possit nuntiari. V. Materia nunciationis. VI. Modi & tempus. VII. Effectus nunciationis. VIII. Quibus modis tollatur. IX. De restitutoria, Interdicto &c. X. Usus tituli hodiernus. XI. De modis tollendi nunciationem mos hodiernus.

POstquam Imperator de Successionibus testamentariis & ab intestato, universis, & singularibus, sat prolixe egit, nunc transit ad alia remedia; prout in Edicto perpetuo occurrebant. Et primo quidem est actio, quæ datur ex Nunciatione novi operis, quando quis in alterius præjudicium ædificare instituit, cujus rei sunt frequentissimæ quæstiones in civitatibus & pagis artius habitatis. Est autem Nunciatio Operis novi, nihil aliud quam legitima prohibitio facta ædificanti, ut ab opere cœpto desistat, donec satisdet, vel remissio fiat, *l. 1. pr. l. 8. §. 4. l. 20. pr. & §. 1. h. t.* Estque vel Publica, vel privata *d. l. 1. §. 16. & 19. h. t.* Publica datur cuilibet civium, juris publici tuendi causa, *l. 3. §. ult. l. 1. §. 17. & l. 5. §. 9. h. t.* Privata est, quæ datur ei, ad quem res pertinet, juris sui conservandi, aut damni depellendi causa, *l. 1. §. 19. h. t.*

2. Jus nuntiandi in publica causa, habent omnes cives, quia Reipublicæ interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere, *l. 3. §. ult. h. l. 4. h.* si nempe sint idonei, quales non sunt mulieres & pupillus, nisi res privatim ad ipsos pertineat, *arg. l. 6. de Popul. action.* interveniente tum scilicet tutoris auctoritate, *arg. d. l. 6. & l. 5. in pr. h. t.* Idem de muliere, *arg. l. 1. §. 5. de postul. l. 54. de Procurat.* Minor nunciare posse videtur, modo major sit septendecim annis, *arg. §. 5. Inst. Ex quib. caus. manum. & §. 7. eod. tit. & l. 1. §. 3. de Postul.* In concursu præfertur is, qui maxime idoneus, aut cujus magis & propius interest, ut de causis popularibus proditum est in *l. 2. & l. 3. §. 1. de Popul. act.* In privata, ut dictum, nunciandi jus datur ei, ad quem res pertinet, *l. 1. §. 19. h. t.* idque propter dominium, vel servitutem, *l. un. §. 3. de Remiss.* adde Pignus, *l. 9. h. d. l. un. §. ult.* Socio in communi ædificanti, socius non nunciat, ne quidem si propriæ ipsius insulæ noceatur, sed eum prohibere potest communi dividundo judicio, vel per Prætorem duntaxat, *l. 3. §. 1. 2. 3. h. t.* Si plures sunt socii, necesse est, ut singuli nuncient, quia fieri potest, ut alter habeat, alter non habeat jus prohibendi, *l. 5. §. 6. h. t.* Superficiario & emphyteutæ Nunciatio conceditur, *l. 3. §. 3. h. l. 16. de Servit. l. 1. in fin. Si ager vectig.* ut & Vasallo, *2. Feud. 8. pr. vers. rei autem.* nec non Creditori, qui pignori fundum accepit, *d. l. 17. de Servit. l. 9. h. l. un. §. ult. de Remiss.* quod dicere occupavimus. Denique, Tutores & Curatores nomine pupillorum & minorum posse, non est dubium, *l. 7. §. 1. h.* servus non potest, *l. 5. §. 1.* Inquilinus, Colonus, de jure non possunt, *l. 3. §. 3. h.* nisi utilitatis causa, locatoris absentis nomine, *arg. l. 11. pr. l. 13. §. 7. Locat. l. 18. §. 1. de Judiciis.*

3. Sed an ob quaslibet servitutes nunciare licet? Dic, Non nisi ob prædiales, † quæ hoc nomen stricte sibi vindicant, *§. 9. Inst. de Legat. l. un. §. 3. de Remissionibus.*

N. ADDIT.

Bene quod jam correxerit Autor positiones, in quibus dixerat, non ut hic, quod ob omnes prædiales servitutes detur N. O. N. sed quod ob solas rusticas. Quare adjeceram in Scholio hic omisso: Quo argumento autor hanc sententiam ex §. 9. Inst. de legatis *probare velit, equidem nulla cogitatione assequi valeo, & contrarium, quod etiam ob urbanas servitutes liceat nunciare novum opus, non solum probatur ex generalitate verborum in* d. l. un. §. 3. de remiss. l. 6. §. fin. si vero vindicetur. *sed & per clarum textum in* l. 15. de S. P. U. *ubi ei, qui*

qui servitutem, ne luminibus officiatur, habuit, potestas nunciandi conceditur.

Imo qui habet viæ servitutem, nunciare nequit, *l. 14. h.* Resp. is, qui viam habet, domino ibi nunciavit. Etenim Julianus *l. 14.* autor, in *l. un. §. 4. de Remiss.* idem observari vult in omnibus servitutibus, quod dixerat in usufructu, at de fructuario monuerat, eum domino inutiliter, extraneo utiliter nunciare, *d. l. un. §. 4. de Remiss. l. 2. h. t.* Ergo & in servitute hæc obtinet distinctio.

SCHOLIUM.

Per d. l. 14. *motus Strauch.* XXIII. 4. *in alterum extremum lapsus, ob solas urbanas servitutes novum opus nunciari posse arbitratur, secutus, ut videtur, alios a Wissenbachio* h. t. th. 3. *recensitos. Sed responsio Autoris ad hanc* l. 14. *uti Julianum ex Juliano explicat, quod interpretandi genus optimum est, ita habes quod regeras Wissenbachio* d. l. *expositiones omnes hujus textus stringenti.*

Sed fructuarius non nisi procuratorio nomine nunciat, *l. 1. §. ult. h.* utilem enim servitutum vindicationem non habet, *l. 1. pr. & l. 5. §. t. Si usufr. pet.* Adde quæ dix. *ad tit. D. Si usufr pet. n. 2.*

4. Quod ad Personam Nunciatam, non requiritur, ut soli domino fiat, sed sufficit, ei factum esse, qui in re præsenti operisve, nomine domini invenitur, veluti Servo, Mulieri, Puero, Puellæ, Fabro, Opifici, similibusque, *l. 5. §. 1. 2.* modo talis sit qui intelligat, *l. 11. h.* ut domino possit renunciare, *l. 5. §. 3. h. t.* tametsi dominus ille sit furiosus vel infans, *l. 10. & 11.*

Quin si domino non fuerit renunciatum, nihilominus obligabitur; nam etiam adversus absentes, invitos, & ignorantes procedit Nunciatio, *l. 1. §. 5. h. t.* hoc ideo, quia in rem fit, *l. 10. h.* & dominus sibi imputare debet, si damno afficiatur, quod de jure suo necdum certus ædificaverit, hominesque negligentes operi adhibuerit, *arg. §. 3. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig. l. 7. pr. Naut. Caup. Stab.*

SCHOLIUM.

At quid hæc ratio sibi vult? Sane etiamsi dominus diligentissimos operarios adhibuerit, nunciatio tamen procedet. Puto, autorem respexisse ad eum casum, si nunciatio facta fuerit illi personæ, quæ domino id non renunciaverit, & ita Dominus pergendo ædificare damnum passus fuerit, dum postea ædificium rursus destruere cogitur.

5. Materia Nunciationis, sunt Opera, non perfecta & certa, sed incerta, imperfecta, *l. 1. §. 1. h.* non præterita, (de iis enim datur Interdictum Quod vi aut clam,) sed futura, quæ nondum facta sunt, *d. l. 1. §. 1. h.* sive inchoata sive nondum cœpta, de quibus tamen suspicio non vana sit, ædificatum iri, Schotan. *in exam. ad h. t. arg. l. 1. §. 8. l. 20. §. 2. h. & l. 15. h.*

6. Modi nunciandi sunt tres, *l. 5. §. 10. h.* quorum sit primus publica auctoritate, quia publice per personam publicam; reliqui duo privata perficiuntur, quia per quemlibet privatum fiunt, nec habent necessariam Prætoris aditionem, *l. 1. §. 2. h.* Publica auctoritate nunciatur per Prætorem, cum is, qui vult nunciare, implorat officium Prætoris, ut ipse per apparitorem prohibeat, *d. §. 10.* Treutl. *ad h. t. th. 2. in fin.* Bachov. *ad eund. lit. E.* Privata auctoritate nunciatur vel per Manum, sive per jactum lapilli, vel per Nunciationem in specie dictam, *d. l. 5. §. 10.* Per Manum facta videtur, cum quis manum opponit operi ac lapillum ex ipso opere vel aliunde sumptum, jactat in opus controversum, prohibendi gratia, *l. 20. §. t. Quod vi aut clam. l. 5. §. 10. h.* Nunciatio in specie dicta, constat nudis tantum verbis, neque interest quibus, modo claris, quæ in se prohibitionis vim contineant, *d. l. 5. §. 10.*

SCHOLIUM.

Dissent. Strauch. XXIII. 4. *solam nunciationem, quæ verbis fit, agnoscens, reliquos vero modos ad prohibitionem, quæ nunciationi opponatur, referens. Cæterum est lusus in terminis. Nam nunciatio etiam late accipitur, ut reliquos modos sub se comprehendat,* arg. L. 1. pr. §. 2. l. 16. h. t. *De usu horum modorum, confer* Struv. h. th. 3. Wissenbach. th. 8.

Est & extraordinarius nunciandi Modus, vel instar ejus, cum per actionem negatoriam, vel communi dividundo, aut similem, effectum nunciationis consequimur. Nam si hac actione contra vicinum ædificare volentem experiar, isque se non defendat, jubetur a judice cavere, non prius se ædificaturum, quam ultro egerit, ac confessoria actione probaverit, jus altius tollendi sibi esse, *l. 15. & l. 3. §. 1. in fin. h. t.* Wissenbach. *ad h. tit. th. 10.*

Hoc autem in his modis interest: Nunciatio simplex adversarium, cui nunciavimus, facit possessorem, reliquæ tuentur nobis possessionem, *& l. 5. §. 10. h.* Itaque si in suo nunciatus quid faciat, quod nobis noceat, simplici Nunciatione prohibendus est; quod si in nostro, vel per Prætorem, vel per Manum præstat, *d. §. 10.* Præterea, qui suo nomine nunciant, jurant, se non calumniæ causa opus nunciare, hocque juramentum iis,

Prætore auctore defertur, *l. 5. §. 14. h.* qui alieno nomine nunciant, satisdant rem ratam Dominum habiturum, etiamsi veri sint procuratores, *l. 5. §. 18. h.* non tamen, si sint certi; tales enim satisdare non coguntur, *l. 65. de Procur. l. 1. C. eod. §. 3. Inst. de Satisd.* Ad modum etiam pertinet id, quod diximus *ex l. 10. h.* quod in rem fiat, ideoque effectum habeat contra nunciatum ejusque successorem. Idem in re præsenti, sive opere ipso facienda est Nunciatio, *l. 5. §. 4. h.* ut confestim ab opere discedi possit. Hinc domino in foro facta, nullius est momenti adversus opus, quod interim factum est, *d. l. 5. §. 4.* sic etiam, cum pluribus locis opus exstruitur, in omnibus nunciandum est, *l. 5. §. 16. h.* ut Nuncians locum operis demonstret, si forte non totum opus, sed pars ejus contra dominium vel servitutem ejus fiat, *l. 5. §. 15. h.* Recte quoque faciet, ut constet, quid post Nunciationem factum sit, si opus factum in testationem referat, *l. 8. §. 5. h.*

Denique, omnibus diebus fieri potest Nunciatio, *l. 1. §. 4. h.* tam festis quam nefastis, non tamen die dominico, per *l. ult. C. de Fer.*

SCHOLIUM.

Utique, si ædificans cesset die dominico, quod regulariter facere debet. Cæterum si ipse ædificans ferias divinas operis suis profanet, & ita periculum sit in mora, quin nunciatio & die dominico fieri possit, non dubito.

Et hoc addendum; quamdiu prima Nunciatio tenet, secunda non admittitur, *l. 13. §. 1. h. t.* Quod si ædificans nihilominus in nostro ædificare perseverat, prohibendus est vel interdicto Quod vi aut clam. vel Uti possidetis. *l. 5. §. 10. h.* vel tenetur Restitutorio, *de quo mox.*

7. Effectus Nunciationis est, quod nunciatus sen jure, sive non jure ædificet, statim post Nunciationem, licet privata auctoritate factam, abstinere debeat ab opere faciendo, *l. 8. §. 4. h.* alioqui restituere, hoc est, demoliri debet quod factum est, *l. 20. §. 1. h.* Si tamen notorium sit, eum non habere jus, vel etiam non rite fecisse, nec de calumnia jurare velit, impune sperni videtur qui nunciat, *arg. l. pen. ad Exhib.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 18. th. 1. lit. B.* Præterea, quoties mora vel dilatio periculum aliquod allatura est, vel publica necessitas opus fieri postulat, *l. 5. §. 12. h.* item in reficiendo ædificio, effectu caret Nunciatio, *l. 1. §. 13. h.* Wissenbach. *ad h. t. th. 1.*

8. Tollitur, ita ut facta est, Nunciatio, publica vel privata auctoritate, *arg. l. 5. & l. 100. & l. 153. de R. J.* Publica per Remissionem, quæ fit a Prætore, eaque duplex est; Una, cum Prætor motu proprio, vel ad petitionem Nunciati, absque causæ cognitione, quia sit manifesta, remittit Nunciationem, *arg. l. 5. §. 12. 14. h.* quo casu tamen satisdatio de restituendo, si aliter liqueat, videtur offerenda, *l. 5. §. 19. h.* Altera, cum Prætor a partibus aditus utriusque jus summatim cognoscit, ac Nunciationem a privato, vel per seipsum antea factam, quatenus nuncianti jus non est, remittit, ac prohibet, *l. 1. pr. & l. 16. h. t. & l. un. §. 2. de Remiss.* & hæc Remissio proprie est Interdictum illud Remissionis, de quo in *lib. 43.* Cognitio causæ ad Remissionem faciendam vel non, intra tres menses est terminanda, *l. un. C. h. t.*

Privata autoritate tollitur, vel partium conventione, *l. 1. §. 10.* vel cautione, *l. 20. §. 11. & l. 21. §. 1. h.* Partium conventione tollitur, cum post Nunciationem paciscor cum adversario, ut liceat mihi opus institutum perficere, *l. 1. §. 10. h.* cujusmodi pacto non tollitur Nunciatio publica, *arg. l. 7. §. 14. de Pact.*

Cautio interponitur duplex, Satisdatio & Repromissio. Satisdatio est cautio, quæ fit datis fidejussoribus, *l. 1. Qui satisd. cog.* boni viri arbitratu, *l. 5. §. 17.* & offerri potest in omni nunciatione, *d. §. 17. l. 8. §. 3. l. 20. §. 1. & l. 13. h. t.* tollitque & publice & privatim factam, *l. un. C. h.* Repromissio ab iis fit, qui immobilia possident, *l. 15. pr. Qui satisd. cog.* sed tantum in Nunciatione publica, *l. 8. §. 3. h.* Cæterum, cautio habet hanc utilitatem, quod remittat vexationem adeundi Prætorem, & desiderandi, ut missa fiat nunciatio, *l. 5. §. 17.*

Præterea, Nunciatio tollitur morte Nunciantis, vel rei alienatione, quia morte & alienatione finitur jus prohibendi, *l. 8. §. 6. h.* Rursus morte vel alienatione Nunciati non tollitur, *d. l. 8. §. f.* quia Nunciatus in stipulatione, quæ ex hac causa interponitur, etiam heredis facit mentionem, *l. 8. §. 7. h. t.* Ratio autem est, quod Nunciatio a parte nunciantis est personalis arbitrii, quod in alio sæpe aliter se habet; talia vero non transeunt ad heredes; sed respectu nunciantis in rem fit, non in Personam, nunciatio, *l. 10. & l. ult. h.*

9. Præter interdictum de Remissionibus, de quo *supra*, datur Restitutorium, quod perpetuo datur Nuncianti ejusque heredi & successoribus cæteris, *l. 20. §. 6.* adversus eum, qui opus fecit vel factum ratum habuit, ejusque heredem ac successorem, *§. 7.* ad restituendum id quod factum

ctum est post Nunciationem, *l. 20. pr. & §. 1. h.* hoc tamen discrimine; successores tantum patientiam demoliendi præstant, in pœnam non succedunt, *l. 22. & ult. h. t. l. 3. §. 2. 3. de Alienat. jud. mut. caus.* Nunciatus ipse, etiam suis sumptibus cogitur restituere, *l. 20. pr. §. 1. 3. h.* vel tantam pecuniam, quanti res est, volenti dabit petitori, *l. 21. §. 4. h.* Tertium Interd. est prohibitorium, nevis fiat ei, qui satis dedit vel paratus est satisdare, & datur heredi cæterisque successoribus, etiam post annum, *l. 20. §. 9. 12. 13. 16.*

10. Quod ad usum hujus tituli attinet hodiernum: Qui vicinum suo incommodo ædificare putat, ei testato insinuare potest, ne pergat in ædificando. Sed hæc insinuatio, quæ est verbis facta Nunciatio, non habet eam vim, ut Nunciatus desistere, vel opus demoliri cogatur; non videtur plus operari, quam quod omnes efficiunt protestationes, ut conservet jus denunciationis, & ne silentium ejus in argumentum consensus trahatur: Unde liquet, effectum Nunciationis, quæ verbis fit, esse obsoletum. Prohibitio per manum, sive per jactum lapilli, ignota est hodie, nisi quod Batavi illam adhuc apud se in usu esse testantur, referente Grœnewegio *ad l. 5. §. 10. h. t.* Idemque de Gallorum moribus scribit Autumnus *in l. 1. §. inde. h. t.* Quod tamen ulterius quam ad modum & ritum, non intellexerim; nec enim solo lapilli jactu id, opinor, consequetur Nuncians, ut alter ab ædificando ex continenti desistere, vel exstructa licet jure, restituere, id est destruere cogatur, ut Romæ juris erat. Sed talis effectus haud dubie sequetur ex denunciatione Prætoria, per requisitionem Judicis, cum in jus vocatione ad certum diem facta; Plerumque libellus supplex ædificanti insinuatur, cui additur *Status* quem vocant, sive prohibitio, ne interim pergat in ædificando, sub certa mulcta. Si *status* ejusmodi non addatur, ædificans, equidem pergere potest, neque tenetur ad destruendum, seu jure sive injuria ædificet, ut Romæ; sed Judicii eventus expectandus, & si judicatum sit, eum non habere jus, per sententiam destruere jubetur; si jure ædificaverit, ædificatum manet, etiam post nunciationem. Quin etiam omissis Nunciationibus, nihil quam Provisiones istæ amittuntur. Post ædificium exstructum, non prohibetur is, qui damnum inde patitur, ædificantem in jus vocare, & petere, ut ædificata restituat, hoc est demoliatur: modo non in fraudem alterius, cum haberet jus servitutis ædificanti ignotum, malitiose tacuerit. Porro cum *moribus hodiernis* actionum nomina non exprimantur, hæc agendi facultas non negabitur ideo, quod quis alio modo suum jus persequi possit, actione communi dividundo, vindicatione Servitutis, Interdicto Uti possidetis, Quod vi aut clam, vel simili; nec fructuarius quidem excludetur, ut recte monet Grœnewegius *ad l. 3. h. t.* Potest quoque non modo petitorie, sed etiam possessorie ex omnibus illis causis, si quis ædificando per alium in usu juris sui turbetur, agere, idque vel solenni Interdicto Curiæ, quod apud locum contentiosum a Commissario interponitur, vel in municipiis a Magistratibus eorumve Delegatis, ei curæ, quam κατ' ἐξοχὴν Politiam vocant, præpositis. Quo victus ad judicium petitorium transire potest, ut in loco *de Interdictis* videbimus.

11. Modi, quibus Nunciatio J. Civili tollitur, omnes hodie non creduntur æque usitati. Sed videamus; Remissio Prætoris fit equidem per sententiam in possessorio vel petitorio, aut Rescripto ad libellos partium, si hoc modo disceptaverint. Satisdatione non remitti hodie Nunciationem, nisi causa cognita & decreto judicis, scribit Grœnewegius *ad l. 20. §. 5. h. t.* Bugn. *de LL. abr. l. 1. t. 141.* Autumn. *ad d. l. 5. & l. 20. h. t.*

Atqui cum nihil sit æquius & civilius, quam ne opera cœpta interrumpantur, quando utrique parti consuli potest; nihil causæ video, cur Jure Civili hac parte standum non sit. Non minus enim hodie locum habet, quam olim, quod ait Ulpianus in *l. 21. h. t.* Per satisdationem *utrique consultum est; tam ei, qui nunciavit, quoniam cautum habet de opere restituendo; quam ei, cui nunciatum est, quia molitio ejus non impeditur, l. 21. §. 1. h. t.* Scilicet, quando quis ædificat in suo; nec enim me in possessione mea quisquam prætextu satisdationis turbare potest. Extra hanc causam satisdatio admittenda videtur: Quæ si non admittatur ab adversario, sane decreto Prætoris opus est, quod nescio an velint illi Scriptores; sed tum is, qui non admisit satisdationem, in impensas temerariæ litis damnandus esset. Hæc ita in locis, opinor, ubi Jus Commune viget, quatenus expresse taciteve non est mutatum, etsi forte minus usitatum videatur.

Conventione partium tolli Nunciationem hodieque, non est dubium. Sed morte, vel alienatione ejus, qui nunciavit, non extinguitur nunciatio *moribus nostris*, ait Grœnewegius *ad l. 8. §. 6. h. t.* ubi diserte ita scriptum est; *morte ejus, qui*

qui nunciavit, *finiri nunciationem*, *sicut alienatione*, *quia his modis finitur jus prohibendi.* Ille vero contrarium probat ex *l. 20. §. 6. & §. ult. h.* quibus locis habetur, Interdictum de restituendo, perpetuo dari & heredi cæterisque successoribus competere. Atqui hoc non est Jus cum moribus, sed Leges cum Legibus conferre, & antinomiam arguere; Sed parum abest, quin non intellexerit jus, ut videtur, ille Juris Censor. Interdictum de restituendo datur Heredibus & Successoribus, adeoque post mortem nunciantis & post alienationem, a quo diversa est ipsa nunciatio. Pone Speciem; Qui nunciavit, est mortuus, antequam nunciatus quicquam struxerit, aut res alienata est. Postea nunciatus ædificavit; non tenetur, quia morte nunciantis finita est Nunciatio. Rursus, Post nunciationem perrexit in ædificando. Mortuus est nunciator, aut res alienata deinceps: Ædificans tenetur ad restituendum, *d. l. 20. §. 6. & ult.* quia non quæritur jam de simplici meraque Nunciatione, sed de effectu ædificationis contra Leges, & restitutionis; Quæ sunt actus palpabiles circa rem ipsam. Hinc judicari potest de sequentibus Grœnewegii, *Non obstat*, ait, *quod his modis*, morte nunciantis, & alienatione, *finitur jus prohibendi in persona ejus, qui nunciavit, d. l. 8. §. 6. Nam* pergit ille, *qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. l. 177. de R. J.* Procedit hoc in realibus, cujusmodi restitutio ædificatorum, non in personalibus, ut antea meram nunciationem considerari diximus. Hactenus de jure Civili. Sed quod Grœnewegius concludit; *Igitur Successores citandi sunt ad reassumenda armamenta causæ*, censeo locum in Foro habiturum, quando Nunciatio judicialiter est facta, cum in jus vocatione. Si vero nihil evenerit quam Nunciatio, sive insinuatio simplex, eamque secuta sit mors nunciantis aut alienatio; potest equidem Heres aut Emptor repetere nunciationis insinuationem, & exequi litem; si vero non repetierit nunciationem, neque lis adhuc inchoata fuerit, existimo, ædificantem impune in opere pergere posse, ut fit: Readsumptio, de qua Grœnewegius, habet locum post judicium inchoatum: Nos autem de effectu simplicis nunciationis agimus, in qua non videtur hactenus discrimen Juris & Moris esse quærendum.

In eo potius differentia esse videtur; quod Jure Civili morte nunciati non finitur Nunciatio, id hodie de nunciatione facta verbis, aut per jactum Lapilli, quem ritum superesse dicunt in Hollandia, non potest habere locum; quia tales actus non habent alium juris effectum, quam protestationis, ut *supra* indicatum est; Rursus de lite nunciationis causa inchoata, sine dubio valet, haud aliter quam modo de herede nunciantis dictum est. Ut tandem omnia in hoc resolvantur: Nunciationem judicialiter cum in jus vocatione factam, quæ sola nunc habet juris effectum, non finiri alienatione, neque morte nunciantis aut nunciati, quin a successoribus readsumi possit. Hanc autem committere non debuit Grœnewegius cum textibus juris, qui de genere nunciandi diverso, quod hodie non habet juris effectum, loquuntur.

TIT. II.

De Damno infecto, & de Suggrundis, & Projectionibus.

I. Quale hoc remedium. Actio, quæ datur ex illo. II. Quid si non caveatur; ubi de missione ex primo & secundo Decreto. III. Casus, quibus cessat. IV. Usus tituli.

Damnum infectum, est damnum nondum factum, sed quod futurum veremur, *l. 2. hic.* De eo sic agitur; Qui damnum ab ædibus vicini ruinosis metuit, petere ab eo potest, ut sibi eo nomine caveat: modo se non calumniæ causa id petere, juret, *l. 7. in pr. h.* Cautio fit per repromissionem, quia domus est loco pignoris; nisi quis nomine alieno caverit, tunc enim fidejussione firmari debet, *d. l. 7. pr.* Bonæ f. Possessor repromissione defungitur, *l. 13. pr. h.* Actio inde nascitur ex Stipulatu ad reparationem damni, intra tempus, quod adjici solebat, accidentis, *d. l. 13. §. f. l. 15. pr. & l. 24. §. 3. h.*

2. Domino, non oportet, ut cavente, Prætor adversarium ejus in possessionem ex primo decreto mittit, dominoque in contumacia perseverante, etiam possidere secundo decreto jubet, *d. l. 7.*

Missus ex primo decreto, in possessione tantum est custodiæ causa, *l. 4. §. ult. de Acquir. poss.* Ex secundo decreto missus, pro domino possidet, imo dominus constitui dicitur, *l. 15. §. 16. h.* & rem

rem vindicare potest, *l. 7. §. 9. Comm. div.* Denique, hæc missio dicitur alienatio non voluntaria, *l. 1. pr. de Fund. dot.*

Contra, per longi temporis possessionem acquiri hoc casu dominium, scriptum est in *l. 5. pr. & l. 15. §. 16. h.* Et ex *l. 12.* discimus, eum, qui missus est ex secundo decreto, comparari cum creditoribus; qui certe non sunt domini. Unde liquet, verum & irrevocabile dominium, non nisi post longi temporis possessionem acquiri; quanquam aliqui effectus dominii, respectu tertii, ex secundo decreto proficiscuntur.

Datur & actio in factum, de damno dato, si missus in possessionem non fuerit admissus, *l. 15. §. f. & l. 17. §. 3.* quæ est perpetua, *l. 17. §. 3. h.*

Cautione prius non interposita, dominus ædium de damno ruina dato non tenetur, nec quidem cogi potest, ut rudera tollat, si omnia pro derelicto habeat, *l. 6. h. t.* quod temperandum, nisi ex justa causa non potuerit exigi cautio, *l. 9. in pr. h. t.*

3. Cessat actio damni infecti, quotiescunque alia actione damnum datum farciri potest, *l. 32. sub fin. hic.* Item si quis in suo quid jure suo faciat, *l. 24. §. ult. & l. 26. hic.* si vitium sit naturale, aut vi ventorum contigerit, *d. l. 24. §. 2. §. 3. 4. 5. §. 9. §. 10. & l. 43. hic.*

In Rubrica est etiam de suggrundis & de projectionibus, de quibus dix. *ad tit. de Servit. urb. præd.* de quibus heic ideo, quia maximus damni infecti metus est ab ejusmodi prominentiis, agitur.

4. Moribus hodiernis hunc Titulum exolevisse, neque cautionem exigi, nec missionem in possessionem concedi, tradunt Autumnus, *Confer. ad l. 4. prætor. h. t.* Grœnewegius *ad h. t.* verum adversus non caventem de damno infecto, protestandum esset, quæ protestatio cautionis vicem obtineat. In Saxonia tamen hujus Tituli usum non esse abolitum,* nec inusitatum, scribit Thomasius ad *posit. 8. h. t.* ** Apud nos fententiam hujus Edicti usu frequentari, vix animadvertere datum est. Plerumque domini ædium ruinosarum sunt inopes, & vicini non solent eas tanti facere, ut per multas juris ambages ejusmodi ædificiis potiantur. Ideoque ita fere accidit, ut Magistratus illis manus injiciant & si dominus contumaciter absit, nec ad reparandum cogi possit, vendant domus cum onere eas reparandi; vid. Ant. Matth. 1. *de Auction. c. 5. n. 9. & c. 19. n. 60.* Non dubito tamen, quin apud nos, si quis tanti æstimet domum ruinosam a domino desertam, missionem in possessionem, si velit, impetrare possit; aut si dominus solvendo sit, verum contumaciter reficere nolit, quin hoc casu jure civili experiri posset, per regulam generalem; *Jure, quod Statutis, aut diverso rerum statu non est sublatum, nil prohibet uti.*

Tit. III.

De Aqua & Aqua pluvia &c.

I. Prima pars Rubricæ de Aqua. II. Actio de Aqua pluvia arcenda explicatur. III. Quibus casibus cesset. IV. Usus Tituli.

Rubrica videtur indicare duas partes, ut prior contineat observationem de Aqua; veluti jus aquæ non posse alicui concedi, nisi consentiant omnes, qui jus Aquæ habent & domini, licet ea non possint uti, *l. 8. & sequ. h. t.* Adde *l. 11. l. 17. pr. & §. 1. l. 18. §. 1. & l. ult. h. t.* Item ne aqua ducatur ex flumine navigabili, *l. 10. §. ult.* neque per viam publicam, sine permissu Principis, *l. 18.* Altera pars agit de Aquæ pluviæ arcendæ actione.

2. Hæc actio datur domino fundi, qui ex opere manu facto in vicini fundo metuit damnum ex aqua pluvia, adversus dominum loci, in quo factum est; in id, ut opus restituat, hoc est, tollat quod factum est, *l. 1. pr. & §. 2. h.* estque personalis, non in rem actio, *l. 6. §. 5. h.* Et quidem suis impensis restituit, si illud fecit, aut facere curavit; impensis actoris, si nulla sit in culpa, *l. 11. §. 2. §. fin. & l. 12. eod.* una cum damno & eo quod in-

* Non est tamen in usu apud nos missio, quæ ex primo, nec quæ ex secundo decreto fit, Wesenb. *in Paratitl. tit. d. damn. inf. in f. j.* Schilter. *ad ff. Ex. 42. §. 37.* de pœnis contumaciæ actum est *P. II. p. 605. sq.*

** Addatur Ill. Mencken. in *Theor. & Prax. D. h. p. 1085. seqq.* qui ibidem observat, jure hodierno apud eum, qui inferiorem Jurisdictionem habet, hanc civilem causam tractari debere, per Landes-Ordn. *d. An. 1555. tit.* was zu Ober-und Nieder-oder Erb-Gerichten gehörig. §. und alle. quamvis jure civili delegatio majoris magistratus intervenerit. *l. 1. l. 4. §. 3. h.*

terest, quod ea occasione post litem contestatam accidit, *l. 11. §. 3. & l. 14. §. 2. hic. &* Cujac. *in pr. eod.* Si colonus fecerit, dominus tantum patientiam tollendi præstat, colonus impensas, *l. 4. §. 2.* idemque juris est, si procurator, ignaro domino, fecerit, *d. l. 4. §. ult.* Transit autem hæc actio ad sequentem possessorem, etsi opus antea factum sit, *l. 4. §. 1.* Si aqua de cœlo non veniat, interdicto quod vi aut clam agendum *l. 3. §. 1. h.* juncta *l. 5.* ubi & colonus eodem remedio tenetur; Interdictum enim istud utile est, ubi termini hujus actionis deficiunt. Sic & fructuariis idem datur, aut etiam utilis hæc ipsa actio, si Quod vi aut clam, minus conveiant, *l. 22. pr. h.*

3. Cessat hæc actio, si opus publice sit factum, *l. 2. §. 3.* si ad fructus colligendos, *l. 1. §. 3. & 7.* si vi servitutis sit structum, *l. 2. §. ult.* quo pertinet, si a tempore immemoriali opus steterit, *d. l. 2. §. 3.* Si quis in suo quid fecerit, quod per consequentiam noceat vicino, *l. 1. §. 11. & 12. h.* absque animo scilicet maligno, *d. §. 12.*

4. Et quidem hujus Tituli usus frequens est, in his præsertim regionibus aqua pluvia plerumque restagnantibus. Nisi quod discrimen inter hanc Actionem & Interdictum Quod vi aut clam, non attenditur in Foro, nominibus actionum nullo usu a se invicem distinctis.

Tit. IV.
De Publicanis, Vectigalibus & Commissis.

I. Continuatio. II. De publicanis & eorum insolentia. III. Quomodo teneantur. IV. De vectigalibus; a quo constituantur, quibus rebus imponantur. V. Quomodo percipiantur. VI. An mulier possit conducere vectigalia. VII. An filiifam. possint. VIII. De Commissis, ratio nominis. IX. Rigor eorum. X. Quatenus ad heredes transeat actio.

Placuit Auctoribus Artis, hunc titulum, ad jus publicum maxime pertinentem, heic loci collocare, propter Edictum Prætoris, quod est heic *in principio*, & quod in Edicto perpetuo reliqua Prætoris Edicta secutum est. Rubrica se distinguit in tres partes, De *publicanis*, de *vectigalibus, & de Commissis.*

2. Sunt autem publicani conductores vectigalium, *l. 1. §. 1. h. t.* aliter Redemptores, *l. 60. l. pen. Locati.* etsi proprie Redemptor sit, qui *faciendum* aliquid, ut templum vel porticum, aut *præbendum*, ut annonam exercitui, conduxit, auctore Festo. Publicani autem erant Mancipes, vel prædes eorumque socii. Mancipes, qui immediate a Fisco conducebant, quia *manu* sublata conductores se profitebantur, quasi manu caperent conductionem. Prædes erant sponsores mancipum, etsi manceps etiam Præs vocatur, ut Festus scribit. Socii reliqui, in partem quæstus, vel jacturæ, a mancipibus & prædibus recipiebantur, ut idem Festus. Hæc eodem fere modo hodieque se habere videmus. Principes autem publicanorum, erant ut plurimum equites Romani, ut ex Ciceronis epistolis & aliunde *passim* liquet. Hi deinde aliis, singulorum locorum vectigalia sublocabant, qualis redemptor pontis *d. l. 60. §. pen.* Iidem quoque publicani dicebantur, in Evangelio τελῶναι; de quibus inprimis accipiendum, quod Ulpianus in *l. 12. h. t.* scribit. *Quanta audacia, quanta temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat.* Nam publicani principes & Romani equites honestiores fuere, quam ut illis probra in Evangelio & in *l. 12.* imputata, convenire videantur, aut etiam verba *Suidæ*, qui adscribit illis πεπαῤῥησιασμένην βίαν, *Vim libertate quidvis dicendi præditam*; Ἀνεπιτίμητον ἁρπαγὴν, *Rapacitatem inreprehensam*; Ἀναίσχυντον πλεονεξίαν, *Impudentem avaritiam*; Πραγματείαν λόγον μὴ ἔχουσαν, *Negotiationem, cujus ratio non redditur*; Ἀναιδῆ ἐμπορίαν, *Inverecundam mercaturam*, quæ Græce aliquanto fortius exaudiuntur.

3. Porro si quid Publicani, hoc est, vectigalium Conductores, per vim exegerint illicite, in quadruplum; si sine vi, in duplum tenentur, & extra ordinem plectuntur, *l. 1. & l. 9. §. 5.* quæ actio talis est, ut restituendo ante litem contestatam, publicanus pœnam evitare possit, *l. 1. §. 4. & l. 5. h.* Nisi actione de vi bon. rapt. conveniatur, quæ simpliciter in quadruplum est, *l. 1. §. 4.*

4. Hæc est prima pars Rubricæ. De vectigalibus est altera. Sunt autem proprie vectigalia, præstationes impositæ rebus, quæ invehuntur aut evehuntur, portoria dicta, quo pertinent species enumeratæ in *l. 16. §. 7. h. t.* Sed generalius quælibet præstationes, etiam agris & pecudibus imposita tributa, *l. 1. & seqq. C. de exact. tribut.*

l. 1. de

l. 1. de Ann. & trib. Vectigalia dicuntur, ut est Scriptura, quam Pastores, & Decuma, quam aratores solvebant, Pacius *hic n. 3.* Jus constituendi vectigalia, merito inter jura Majestatis refertur. Non Præses Provinciæ, non Curia Civitatis sine Imperatoris, aut ejus qui summam potestatem habet, consensu ea constituere, reformare, iis addere, vel diminuere potest, *l. 10. in pr. h. t.* Imo in plerisque locis, ne Reges quidem & Summi Principes hoc jus soli habent. Quippe cum pecuniæ cuncta pareant, Populi, quibus non est animus infinitæ principum potestati atque libidini se dedere, dant operam, ne principes sine populi procerumve consensu vectigalia imponere possint; Quod hi suum consensum ab aliis boni publici postulatis suspendere queant. Sed hæc aliaque ad juris publici politicesve disciplinam pertinent. Jure civili præstantur vectigalia non propter quaslibet res, sed de quibus id est expressum, agris pecudibus, mercibus, quibus homines facilius carere possunt, quales enumerantur in *d. l. 16. §. 7.* Nam de rebus necessarii usus, maxime victus causa paratis, vectigalia solvi, moris apud veteres non fuit. Laus hujus inventionis nostro seculo debetur; Italiæ principibus primum, dein ad aulam Gallicam, inde ad Germanos principes nihilo sequius progressa, ne liberis quidem populis neglecta: quas inter Belgæ ad tuendam libertatem, in se ipsis exigendis omnium ferme acrimoniam superarunt, ac ita libertatem auream & inæstimabilem esse, demonstrarunt: Ut nihil fere sit relictum humanis inserviens usibus liberum, & vectigalis expers. Immunis scil. nemo est, nisi fiscus, *l. 9. §. ult.* exercitus, *§. pen. ibid.* & præsides provinciarum, de his, quæ ad ipsorum usus sunt necessaria; * sic tamen, ut manu sua publicanis indicare debeant, quid acceperint, *l. 4. §. 1. h. t.* quo modo & olim immunitas hujus Academiæ Franequeranæ exercebatur.

5. Perceptio vectigalium fit vel per collectores, aut Quæstores ad hoc a Republ. constitutos, vel per Redemptores sive publicanos, de quibus dictum. Collectio fieri solet in Tributis, quæ facilem habent explicationem, ut est census honorum, agrorum, domuum, quæque viritim fiunt contributiones. Sed quæ difficiliorem habent exactionem, locari solent mancipibus & prædibus. Neque tamen his ipsis collectio permittitur, sed Respublica nihilominus habet collectores suos, a quibus vectigalia exiguntur, donec expleta sit summa Fisco promissa; Reliquum est pro publicanis: Qui, si quid desit, de suo videlicet, hoc supplere coguntur, aut luere in pelle, si non habeant in ære, quam Regulam in delictis receptam, *l. 1. §. ult. de Pæn.* ad publicanos utilitas publica fere produxit.

6. Conducere autem possunt vectigalia, qui non prohibentur; quales sunt debitores fisci, & inprimis reliquatores vectigalium, nisi priora debita solverint, aut datis sponsoribus de illis abunde caverint, *l. 9. §. 2. & 3. h. t.* Tutores & Curatores, antequam rationes reddiderunt, *l. un. C. Ne Tut. vel Cur. vectig.* Rationem reddidimus ad *tit. Inst. de Excusat. Tut. n. 2.* Mulieres non prohibentur, quod constet; Imo Moschis mulier debitrix fisci ex causa vectigalium, memoratur in *l. 47. de jur. Fisc.* quod tamen de modico vectigali privatim locato, capiendum videtur. Nam ut publica locatione mulier fiat manceps, & præsit vectigalibus exigendis, procul nimis a sexus verecundia & juris Romani disciplina recedit, *arg. l. 2. de R. J.* Arcetur mulier a publicis cœtibus, *l. 1. §. 5. de Postul.* non poterat argentarii munere fungi, *l. pen. de Edend.* quod non magis erat publicæ occupationis quam conductio & exercitio vectigalium. Non erret igitur, qui sic sentiat: Regulariter mulieres non posse vectigalia conducere, ut publice ab illis exerceantur; Non prohiberi tamen penitus, si qua sint exigua certi loci, & modicæ occupationis. Aliter D. Wissenbach. *ad h. t. th. 21.*

7. Idem Filios familiarum vectigalia conducere posse, negat *ibidem* argumento prope minus idoneo, quam quo de mulieribus adfirmativam probavit. Ulpianus in *l. 3. in pr. de SC. Macedon.* negat, privilegio Senatus-Consulti esse locum in eo, qui publice Paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, unde subjungit *in §. 1.* cessare SCtum in filiofam. qui vectigalia conducta habebat: Inde colligunt, filiumfamilias non posse vectigalia conducere. Minus valide; Nam primo narrat Ulp. filios familiarum extitisse, qui vectigalia conducta haberent; cum de mulieribus, una sola

* Sic *Ref. Gr. A. 1661. tit.* von Cammer- und Rent-Sachen. *gr. 9.* eos, qui in Sax. El. feuda possident, ratione eorum, quæ in familiæ usum advehunt, vel ex fructibus in feudo natis transferunt venumque exponunt, a vectigalibus declarat immunes, modo exhibeantur eorum attestata, die Frey-Paß-Zettel. j. Struv. *Obs. Feud. c. 11. Obs. 2.* Schultz. *Syn. Feud. c. 7. n. 150.*

Moschis, debitrix e conductione vectigalium, referatur in *d. l. 47.* Si exemplum Moschidis, quæ tantum fuit debitrix e vectigalibus, probet hanc thesin; mulieres posse publicanos esse, quanto magis ad hoc valebit, quod filiifamilias extitere, qui vectigalia conducta habebant? præsertim quia filiisfam. majoribus annis 25. nihil obstabat? quatenus constat, patriam potestatem in publicis causis non esse impedimento, *l. 9. de His, qui sui vel al. jur.* Et de filiisfamiliarum est regula, quod ex omnibus causis æque obligentur, ac patresfamiliarum, *l. 39. de O. & A. & l. 17. de Judic.* possunt igitur filiifamilias conducere vectigalia, minusque illis obstat, quam mulieribus; Attamen non solitos, quamdiu extant in patria potestate, tantis se miscere negotiis, arguit Ulpianus in *d. l. 3.* nec aliter se rem hodieque habere, docet usus magister. Dissent. D. Wissenb. in *d. th. 21.*

8. Tertia pars tituli est, de Commissis. Proprie Commissum heic est factum, quo quis impegit in legem de vectigalibus. Suetonius in *Calig. vectigalibus indictis neque propositis, cum per ignorantiam scripturæ multa* COMMISSA *fierent. c. 41.* Ulpianus, *Commissa vectigalium nomine etiam ad heredes transmittuntur, l. 14. h. t.* Ratio nominis est, vulgata locutio, committere in legem, *l. 39. ad L. Jul. adul. l. ult. de lege Commiss.* committere in pœnam, *l. 23. §. 1. de Recept. qui arbitr. l. ult. in fin.* *Quod quisque juris in alt.* Sæpe etiam sine præpositione; *committere multam*, Cicero *pro Cluent.* committere Edictum, id est, facto aliquo incidere in pœnam Edicti, *l. 8. §. ult. l. 10. §. 14. de Conjung. cum emanc. & l. 126. de Legat. 1.* Quin etiam res, quæ in pœnam commissi publicantur, concisa dictione *committi* dicuntur; committi in publicum fundus, *l. 17. §. ult. ad Sc. Vellej.* prædia, *l. 37. de Negot. gest.* homo committit Fisco, *l. 2. C. Si serv. export.* commissis mercibus, *l. 11. §. 2. h. t.* Plena locutio est, pro commisso teneri, publicari: Quintilianus; Quod *quis professus non est apud publicanos, pro commisso tenetur. Declam. 342.* Cedunt igitur Commissa Fisco,* ut dictum, vel eis, qui jus Fisci jure conductionis habent, *l. 11. C. de Vectigal.* In quibus locis nihil est contrarietatis, ut velle videri D. Wissenbach. *th. 22. h.* scripseram in *position. 7.* Sed vindicat Præceptorem nostrum D. Thomasius, in scholio ad d. *pos. 7.* his verbis; Imo non *videtur.* Nam verba Wissenbachii, *Verum contrarium aperte rescriptum est &c.* non referenda sunt ad immediate præcedentia, sed ad ea, quæ in *pr. d. th. 22.* leguntur, *Primo intuitu &c.* Non contendam in hoc articulo, dixerit hoc tantum D. Wissenb. Etsi Commissa Fisco cedant, ac ita publicanis cedere non videantur, contra tamen esse constitutum.

9. Porro lex de commissis satis est rigida; Neque tantum merces committuntur, sed & navis & quæcunque in ea continentur, licita cum illicitis, *l. 11. §. 2. h. & l. 3. C. de naut. fœn.* Ignorantia vel error a commisso non excusat; ut tamen si probabilis sit error, duplo vectigalis defungi possim, *l. ult. §. 10. h.* Minoribus 25. annis errantibus ignoscendum, *§. 9. ibid.* qui vero merces professus est, sed vectigal non solvit, is est liber a pœna, *§. 12.*

10. Actio de Commisso, datur & in heredes, non quod pœna heredes affligat, sed quia defunctus dominium vivus jam amiserat: quod proinde per se avocari potest, *l. 14. h.* ipsum vero crimen fraudati vectigalis & pœna, non transit ad heredes, *l. ult. §. pen. h.* conf. *l. 8. pr.* Heres quoque publicani, non aliter quam locupletior factus tenetur, *l. 4. pr.* Et plures publicani, seu plures qui professi non sunt, singuli pro partibus tenentur, *l. 6. h. & l. 46. §. ult. de jur. fisc.*

TIT. V.

De Donationibus.

I. Donationem non esse Contractum, attamen sine acceptatione non valere. II. Posse tamen acceptationem fieri post mortem donantis. III. Quid usu hac de re fiat. IV. De conventionibus

* Jure Saxonico Electorali pœnam commissi obtinere, affirmat Modest. Pistor. *Vol. 2. Conf 48.* negat Carpz. *P. 4. C. 41. def. ult.* quoniam in defraudatores teloniorum mitior, quadrupli scilicet, pœna constituta, *LX. l. 2. art. 27.* Richt. *ad Auth. Habita. C. ne fil. pro Patr. P. 3. memb. 2.* ac arbitraria pœna *consist. Elect. inedit.* definita sit. j. tamen *Ref. Gr. d. An. 1661. gr. 114.* §. Wenn wir nun. *Mand. El. d. prohibita exportatione frumenti d. An. 1661.* §. überdiß soll. *App. Corp. Jur. Saxon. pag. 77.* Das Saltz-Licent-Patent *d. Ann. 1657. Appell. C. S. pag. 91.*

omnia

omnia bona transferendi, non lucrativis. V. De personis donare prohibitis. VI. De revocatione donationis. VII. De actione in id quod interest.

NOn fuisse Conditores Artis in ea sententia, quod donatio sit Contractus, ut probatum est a nobis ad *Tit. Inst. de Donat.* id ex hac quoque methodi ratione colligi potest, quando procul a contractuum sede, in locum, ubi de variis, quasi per saturam, rebus a contractibus alienissimis tractatur, hic titulus est sepositus: Verum subtile discrimen esse, quo donatio a contractibus distinguitur, cum *prædicto* loco diximus, tum res loquitur. Ideoque in systemate Jurisprudentiæ hodiernæ & vernaculæ, non visum fuit evitandum, quin & Donationem inter Contractus referremus, *Part. 1. lib. 3. C. 14.* Certe eodem modo illam, quo contractus, id est utriusque voluntate, perfici, certa res est. Adeo ut donatarius e declaratione donantis, si quidem ipse non acceptaverit, præsens vel absens nihil acquirat, *l. 10. h. t.* Quippe donatio *μονομερῶς ab una parte* facta, non valet, ut docet Cujacius *12. obs. cap. 28.* idque ad usum applicat in *consult.* 47. estque eadem sententia pragmaticorum, quos recenset Sandius *lib. 5. Decis. tit. 1. def. 1.* Consequenter, si donatarius ante acceptationem moriatur, donatio fit caduca, nec ad heredes transmittitur, ut idem ex ratione juris & auctoritate multa probat. Sed recentiores quidam Pragmatici tradunt, hodie donationes absentibus & ignorantibus factas, si per Notarium aliumve donatarii nomine fuerint acceptatæ, valere. Grœneweg. ad *l. 10. h. t.* laudans auctorem Grotium *l. 3. Introd. 2. n. 21.* Zypæ. *Not. jur. Belg. de contrah. stipul.* & alios, etiam Sandium *d. lib. 5. tit. 1. def. 1.* & hunc quidem male. Scribit enim contrarium his verbis: Nec *sufficit, si Tabellio donatarii nomine donationem acceptaverit, nisi donatarius ad id ei mandatum dederit, vel id postea ratum habuerit.* atque *ibidem* Sandius perspicue refellit Antonium Fabrum, qui inter errores pragmaticorum refert hanc sententiam; quod donatio non obliget, nisi acceptata fuerit, *Decad. 47. err. 1.* qui abutuntur *l. 35. §. sed si quidem. 5.* verbis: hoc *facere quod instITERIT. C. de Donation.* Verissimum enim est, iis verbis non excludi acceptationem; maxime, postquam Justinianus eodem modo perfici donationem, quo Emptionem venditionem, sanxit *d. l. 35. §. 5. & §. 2. Inst. de Donat.* Atque hanc sententiam Curia nostra sequitur, & novissime secuta est in hujusmodi exemplo. Lucius Titius Advocatus, cuidam amico suo patrocinatus erat & dixerat coram testibus, absente amico, se donare salaria sua liberaliter isti amico. Post mortem Advocati, sorores ejus heredes, amicum illum conveniunt & petunt salaria. Respondebat, ea sibi donata fuisse, & probabat quod diximus; sed non, quod ipse, vivo Advocato, donationem acceptasset. Condemnatus igitur est ad solvendum, in *causa A. & B. Feikema, contra Heronem Johannis Apothecarium. antea ferias Caniculares 1681.*

2. Dicat aliquis, Acceptatio potest fieri ex *post facto.* Et quidem post mortem donantis a donatario, ita ut donatario quidem sine acceptatione mortuo, heredes ejus nihil petendum habeant, sed donatore mortuo, donatarius suo consensu donationem perficere potest, quod a Grotio traditum in *lib. 2. de jur. B. & P. c. XI. n. 17.* cum ratione juris bene consentit, etsi *ex l. Nec ambigi. C. h. t.* quam citat Grotius, non probetur. Quare igitur in superiori exemplo, cum Hero cliens post mortem Advocati donationem salariorum acceptasset, non fuit absolutus? Quia sorores Advocati heredes, eam declarationem defuncti, quæ adhuc nullam habebat vim obligatoriam, retractaverant. Quod si Hero ante litem motam insinuasset heredibus Advocati acceptationem suam, puto, condemnari non potuisset. His, qui dissentiunt, donatarius tacite consentire videtur; nemo enim facile dissentiat in causa lucrativa: sed validius est, quod ad acquisitionem opus est actu animi, & ad actum animi, declaratione, ut Grotius *d. cap. XI.* demonstravit: Præter quod sæpe fit, ut aliquis hic & nunc, ab hoc & illo, donationem non agnoscere malit. Dicuntur etiam esse gentes, quæ donationes haud aliter valere patiuntur, quam si traditione impletæ fuerint, neque donatorem ad tradendum cogi posse, quam sententiam Gallis quibusdam & Gelris tribuit D. Voetius, ad *tit. Inst. de Donat. pr. n. 3. & ad §. 2. n. 5.*

3. Cætera, quæ ad Donationes pertinent, quantum nobis quidem constat, ad *tit. Inst. hujus Rubricæ* executi sumus. Quæ ad definitionem spectant primo; deinceps divisionem, & requisitum Insinuationis, ubi *num. 5.* de Donatione omnium bonorum breviter posuimus,* eam videri non illicitam, ne futurorum quidem & præ-

* Apud nos donatio omnium omnino bonorum mortis causa, non nisi judicialiter facta valet, *P. 3. C. El. 1. §.*

sentium, quia textus generaliter loquitur in *l. 35. §. 4. h. t. & l. 1. C. de revoc. donat.* nec solidi quicquam donationi magis obstat, quam oppignorationi hac parte, *l. ult. C. Quæ res pign.* Unica objectio est de facultate testandi, quæ adimi non possit. Sane hac propositione nihil est verius, quod attinet ad declarationem solius Patrisfamilias, qui tametsi juraverit, se non facturum esse testamentum, quod tamen fecit deinceps, id valet, quia nemo potest sibi talem dicere legem, *l. 6. §. 2. de Jur. codicill.* nec etiam pactis cum alio, juri testandi renunciare, *l. 15. C. de pact. & l. 5. C. de pact. convent.* Sed quo minus paterfamilias aliud quid agat, quo per consequentiam testandi facultas intercipiatur, modo in actibus illis nihil sit bonis moribus contrarium, difficile dictu est, quid impediat. Contrahendo æs alienum majus quam in bonis est, dando sese in arrogationem, potest aliquis intervertere testandi facultatem; donando omnia bona præsentia, quod licere non dubitatur, perit testandi facultas his, qui deinde non augent patrimonium, ut palam est evenire sæpissime. Ejusmodi homines non possunt deinde facere testamentum, quemadmodum nemo jus aliis contractu quæsitum, per ultimam voluntatem auferre potest: Non quod per actus inter vivos Hereditates deferantur; id enim fieri non posse, juris Autores tradiderunt, *d. l. 5. C. de pact. convent.* Sed videndum est, an contractus valeant: quod si constet, non ideo fiunt inutiles, quia per eos paterfam. amisit testandi potestatem, vel potius materiam. Sicut omnium bonorum donatio præsentium, non evertitur eo, quod per eam testandi facultate se videt esse privatum, ita ne quidem donatio futurorum bonorum inde refelli potest, quod per eam donator nihil sit habiturus, de quo testetur. Societas equidem ita non potest iniri, ut testandi libertas per eam minuatur: sed hoc ideo, quia nulla post mortem societas durat, *l. 2. §. 9. D. Pro socio*; quæ res ideo donationi non obstat. Quin nec hoc prætereundum; quod sicut donatio omnium duntaxat *præsentium bonorum*, spem aliquam relinquit, fore ut donator non sit cariturus omni donationis materia, similiter in donatione præsentium & futurorum, talis spes non plane deficit: Potest enim, si quis velit, ejusmodi donatorem deinceps heredem instituere, vel legare ipsi aut donare, sub hac lege, ne res illæ ad donatarium pertineant. Legem enim quisque suæ rei, quam vult, imponere potest. Hæ rationes facere videntur, ut si donatio vel conventio, de transferendis omnibus bonis, tam futuris quam præsentibus, inita sit, juris effectu carere non debeat, Coras. *6. miscell. 12.* Wissenb. *ad h. t. th. 11.*

4. Plane ego nullus, inquam, video, quare, si donatio præsentium bonorum & futurorum ideo non valeat, quia testandi libertatem adimeret, quomodo simplex omnium bonorum donatio, in patrefamilias, qui deinde res suas non auxerit, testamento prævalere queat. Et tamen si verum est, quod omnes fatentur & textus clare docent, ejusmodi donationes valere, debent esse inrevocabiles. Sed parum abest, quin vulgo ita in Foris existiment: Ejusmodi donationes omnium bonorum debere traditione impletas esse; Conventione tantum factas, non impedire testamentum contrarium, nec forte jura legitima, ut hactenus valeat dictum Gallicæ alicubi praxeos, DONNER ET RETENIR NE VAUT; *donare & retinere non valet.* At hanc interpretationem legibus repugnare, manifestum est ex *d. l. 35. §. 5.* ubi de ipsa donatione universitatis, quod sine conventione sola perfectæ sint, nec quo minus futura sub illis expresse comprehendantur, quicquam in Jure quidem obstat, ideoque testamento, magis esse videri, ne infirmari possint.

5. Verum in Foro diversum obtinuit, non tanquam juri derogetur, sed ex sententia Interpretum Juris, ut diximus *ad Inst. h. tit. n. 5.* quibus adsentiiur Grotius *lib. 3. Introd. cap. 2. n. 16.* Imo Grœnewegius absolute, *Donatio universitatis, sive omnium bonorum*, inquit, *moribus nostris adversatur, ad l. 35. §. 4. C. h. t.* laudatis Autumno ad eundem locum, & Bugnonio *lib. 2. de LL. ab-*

Damit nun. adeoque etiam coram quinque testibus aut pluribus suscepta, non subsistit, Carpz. *ad eand. def. 23.* conf. Richt. *dec. 22. n. 35.* j. Carpz. *P. 3. C. El. 2. d. 8.* & tempore pestis coram duobus testibus facta, pariter nullitatis vitio laborat, Carpz. *P. 3. C. El. 1. d. 34.* j. Richt. *dec. 28. n. 25.* cessare autem in hujusmodi donatione omnium bonorum Falcidiam, in Saxonia, ex *P. III. C. Elect. 1.* constat, ubi vide Moller. *num. 3.* etiam Jure Saxonico communi a. Land-R. *l. 2. art. 30. Consult. Sax. tom. p. 2. qu. 18. num. 5.* Jac. Schultz. *ad Modest. Pist. P. I. qu. 48. n. 16.* contrarium tuentibus Modest. Pistor. *d. l.* & Colero *P. I. d. 11. n. 72.* Carpz. *ad d. C. def. 5. n. 1.* Richtero *dec. 22. n. 28. & Vol. 2. Cons. 313. n. 7.*

rog.

rog. sect. 98. ut idem tradentibus; Quod est manifesto juri scripto contrarium. Credo, hoc eos de donatione, sola conventione perfecta, ut modo, intelligere, quod illa non impediat testamentariam, vel legitimam successionem. In locis ubi jus civile regnat, hoc est, ubi servatur quatenus specialiter non est abrogatum, ut apud nos; existimem, non posse Judices a clara lege recedere, quæ donationes omnium bonorum sola quoque conventione perfectas probat, quibus ideo ne testamento quidem derogari posse dicendum. At super donatione præsentium & futurorum, quoniam hæc legibus non exprimuntur, integrum erit, sequi communiorem sententiam. In Curia nostra super ejusmodi donatione disceptatum est, paulo antequam e foro discederem; Mulier Harlingana, donaverat inter vivos sponso, *ante omnia vincula matrimonii*, sic erant verba, omnia sua bona præsentia & futura. Deinde, cum maritus perverse consuleret, testamento facto, alios heredes instituerat. Donatio non erat actis insinuata. Sed judicatum est deinde pro testamento, contra donationem absolute; at ejusmodi meritis mali moris circumstantiarum, ut si donatio simplex omnium bonorum fuisset, idem futurum fuisse, ut judicaretur, existimem: Cujus rei argumentum habui, quod ne quidem approbata est illa Donatio, respectu bonorum quæ donatrix tempore donationis habuerat, imo ne quidem usque ad summam quingentorum aureorum. Qua tamen parte valere debebat regula, quod utile per inutile non vitietur; nominatim quod sancitum est, donationes, quæ ob magnitudinem suam infirmantur, absque insinuatione valere usque ad quantitatem lege præscriptam, *l. pen. §. ult. C. de Don.*

Idem juris est in conventione non mere lucrativa, de bonis omnibus in alium transferendis, quod omnino distinguendum est a pacto successionis. Hoc enim non valet, ne quidem ad pias causas, nec titulo quidem oneroso, persæpe citatas *l. 5. C. de pact. convent. l. 15. C. de pactis. & l. ult. de Suis & legit. hered.* Exempli gr. Xenodochii Leovardiensis Curatores, mulierem quandam receperant alendam, pro certa pecuniæ summa: cum pacto, ut idem Xenodochium eidem mulieri, suo tempore, in omnia bona succederet. Hæc deinde fecerat testamentum, & de bonis suis aliter disposuerat. Approbatum est a Curia testamentum, eodem *Anno 1682.* Quod si omnia sua bona ex continenti in Curatores Xenodochii transtulisset, quemadmodum fieri solet ab his, qui se diaconis Ecclesiarum nostrarum dedunt, sine dubio non valuisset testamentum de bonis illis factum, non modo si traditio, sed etiam si conventio sola intervenisset, nec quare conventio in terminis valide obligatoriis, ad bona futura produci non posset, ex his, quæ dicta sunt, quicquam obstare videtur. Reliqua *ad Instit.*

6. De personis, quæ donare possunt, vel prohibentur, egimus * ad *Inst. n. 6.* & de conjugibus *loco separato ad tit. de donat. int. Vir. & Ux.* Sunt inter personas prohibitas etiam Capitis damnati, quod attinet ad donationes factas post contractum crimen, *l. 15. h. t.* ubi *τὸ* NISI Florentinæ editionis, recte mutavit Haloander in SI. sed hodie post *Auth. Bona damnatorum. C. de bon. proscript.* cessare hanc prohibitionem, monuimus ad *d. tit. inst. n. 6.* Dissentire videtur Wissenbachius noster in *fin. th. 10. h. t.* At enim Justinianus, inquit, in *d. Nov. 134. non tam voluit* consulere *damnatis eisque restituere bona; quam descendentibus & adscendentibus conservare legitimam successionem.* Verum hæc ratio merito adhibetur ad probandum, capitis damnatos non recuperasse testamenti factionem, nec proinde eorum ultimas voluntates antea compositas habere effectum, quia successio bonorum descendentibus & adscendentibus addicitur, ad quam præstandam non requiritur, ut donationes antea factæ revocentur. utique enim donationes inter vivos a successionibus alienæ sunt. Sed donationes mortis causa, diversam rationem habere videntur; sunt enim species ultimarum voluntatum. Ideoque magis est, ut hæ in pristina causa maneant & revocentur, *l. 7. de Donat. m. c.* iisque verba D. Wissenbachii recte applicari videntur; Scilicet, ut, cum lex hodie successionem omnium bonorum addicat heredibus legitimis, nulla species ultimæ voluntatis ad facultatem damnatorum rediisse videatur.

7. Inter causas revocandi donationem, non recensetur hæc, si donatarius omnium bonorum *noluerit alere* donatorem, casu quo donator usumfructum sibi non retinuit. Quin si dialectice agatur, haud difficulter sustineri potest hæc sen-

* Notari hic meretur, nostro Jure patrem filio in potestate sua constituto, mobilia valide donare. a. LR. *l. 1. art. 10.* Carpz. *l. 6. R. 118. n. 12. sq.* Id. *P. 2. C. El. 12. d. 12.* quod Jure Civili secus erat. vid. *l. 17. & l. 11. C. d. donat.*

ten-

tentia, quod donatarius ad alendum non teneatur, ut fatagit D. Wissenbachius *ad h. t. th. 12.* Sed æquitas & præsumptio de voluntate partium in facienda suscipiendaque donatione universali, tam prægnans est, ne quis semet ipsum ad famem ultimam liberaliter obligasse videatur, ut aliter quam *ad Inst. n. 7.* posuimus, statuere nefas sit; hactenus saltem, ut donator omnium bonorum donatarium cogere possit ad alendum ipsum, si nimium videatur, hanc æquitatem extendere ad causam revocandi donationem. Denique & hoc alibi commemoratum; in *loco* tamen, *titulo ad Inst.* indictum, supplebimus; Etsi legitima liberorum a vivis Parentibus exigi nequeat, si tamen hi donationibus ita sese exhauserint, ut legitima post mortem eorum, quibusdam liberis salva non sit, illis detur Querela inofficiosæ donationis, per quam usque ad legitimam illa revocatur, *l. 1. & 1. tit. C. de Inoff. donat.*

Donatorem non teneri ad evictionem rei donatæ, in id quod ejus interest, si donatarius re donata frui non potest, dictum satis *ad tit. de Evi-ction.* Verum donatio remuneratoria, pro officiis præstitis, creditur actionem in id, quod interest, producere posse; quatenus compensationem ejus quod intererat, continebat, & merito quidem: Sed hactenus non videtur esse mera donatio, quatenus damno illato, vel lucro cessanti respondet. Hac de re ponam exemplum. Actum est de donatione, quam fecerat *Everardus a Buitendiik in Johannem a Krack*, Prætorem Ængwirdensem, ex causa fidelium officiorum & impensarum, quas *Krackius* pro illo fecisset; donati autem erant agri palustres sive cæspitifodinæ Catlicenses, trans aggerem certum sitæ. Has donatarius ajebat se non posse consequi, & petebat eorum præstationem, vel id quod intererat, agros sibi tradi; *Declaratus est non admittendus eo modo, quo ageret, atque adhuc* salvo jure in agros donatos, aut eorum defectu, jure petendi a donatore salaria pro suis operis atque impensis. Sensit igitur Curia, posse eum persequi agros donatos, etsi necdum *proprie* traditos; nec regredi posse donatorem adversus possessores, quia non probaverat adhuc, sublatam esse facultatem agros consequendi. Si liqueret, possessorem non habere facultatem, non poterat adipisci æstimationem agrorum, aut id quod intererat, illos sibi non tradi; hactenus enim non teneri donatorem, satis constat. Id quod interest damni antea percepti, vel lucri cessantis, duntaxat peti poterat. Ita judicatum *20. Decembr. 1636.* *

TIT. VI.

De mortis causa Donationibus & M. C. capionibus.

I. Donatio M. C. quid. II. Quomodo distinguatur in dubio a donatione inter vivos. III. An donatio M. C. facta, ne unquam revocetur, debeat insinuari. IV. Aliæ donationis M. C. ab inter vivos differentiæ. V. Differentiæ ab ultimis voluntatibus. VI. Quid M. C. Capiones.

HUjus quoque Rubricæ sententiam ad *Inst. h. t.* habuimus. Est autem Mortis causa donatio, similis quidem ultimæ voluntati, quod ad plerosque effectus, veluti quoad numerum quinque testium, *l. ult. C. de Donat.* detractionem Falcidiæ, *l. 6. C. ad L. Falc.* jus accrescendi, *l. un. §. 14. C. de Cad. toll.* In se tamen magis ad actus inter vivos refertur, ideoque nec aliter valet, quam si a donatario acceptata fuerit, secundum ea, quæ *titulo praeced.* dicta sunt, juncta *l. 38. h. t.*

2. Quamvis autem Donatio mortis causa in effectu & omni apparatu suo, longe majorem cum ultimis voluntatibus,** quam cum actibus inter vivos adfinitatem habeat, sæpe tamen accidit, ut non facile sit eas discernere a se invicem, sicut in hoc exemplo patuit. Vir nobilis annorum

* Id quoque hoc titulo addendum est ex Jure nostro, donationem rerum Geradicarum, Jure Saxonico Electorali, debere fieri vel in Judicio coram Judice pro tribunali sedente, vel personis Judicialibus ab eo delegatis, a fœmina cum consensu Curatoris & mariti, *P. 2. C. El. 14.* per traditionem clavium & designationis rerum Geradicarum, *d. C. ibique* Carpz. *def. 10. & 12.* vel coram Notario & testibus, aut duobus testibus tantum, ubi claves in conspectu arcarum, in quibus Gerada continetur, tradi debent. *d. C. ibique* Carpz. *def. 16.* dummodo hoc ultimo casu donatio summam 500. aureor. non excedat, ut dictum supr. *P. I. p. 155.*

** Hinc apud nos mulier sine Curatore, uti testari, ita etiam mortis causa donare, potest. *a. P. 2. C. El. 15. §. f. ibique* Moller. *n. 74.* & Carpz. *d. 10.* Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex. 43. §. 31.*

supra

supra LXX: duorum, despondcrat puellam quatuor & viginti annorum, eique donaverat bursam auri signati plenam, octo millia Imperialium, cum aliis rebus pretiosis, sub conditione, si *femina sibi superviveret*. Hæc aliaque redacta erant in formam contractus cum hypotheca bonorum, submissione Curiæ, & cæteris, pro more in actibus inter vivos usitato: adhibitis tamen quinque testibus. A Sponsa consultus, an hæc donatio plane esset irrevocabilis, ut erat inter illos constitutum, respondi, non esse rem extra omnem *ἀναθεώρησιν*; quod verius esset illa mortis causa donatio, quæ cum revocabilis sit, non esse a facultate donantis remotum, quo deinceps ab illa discederet. Quoties enim donationi lex & conditio, nisi *donatarius prior moriatur*, est adjecta, toties donatio mortis causa intelligitur, ut patet ex *l. 14. & l. 23. de Mort. caus. donat.* juncta *l. 1. & l. 35. §. 2. eod.* Sand. *lib. 5. tit. 1. Def. 3.* ubi exemplum rei judicatæ. Satius igitur visum in rem Sponsæ, ut donatio pure fieret, sine mentione de casu mortis, at reservato usufructu; quomodo res deinde perpetrata est. Etiam potuisset clausula, *ne unquam donatio revocetur*, apponi; per quam eodem potiti fuissent effectu, cum talis revera potius sit inter vivos, quam mortis causa donatio, *l. 27. h. t.*

3. Sed magni usus & momenti est Quæstio, an ejusmodi donatio, quæ fit cum mentione mortis, *sed ita ut nullo casu* revocetur, valeat absque insinuatione: quod negandum, si pro inter vivos; adfirmandum, si pro donatione causa mortis habeatur. Magis placet adfirmativa; Quia licet hujusmodi donatio, quod ad vim effectumque suum inretractabilem, pro donatione inter vivos habeatur, in se tamen atque in genere suo est donatio mortis causa; Talis enim appellatur in *l. 13. §. 1. in fin. h. t.* ubi, *sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio.* Clarius in Novella *78. in pr.* ubi statuit Justinianus, mortis causa donationes fieri posse, vel ita *ut revocari nequeant*, vel, *ut i possint*. Et *in cap. 1.* diserte addit, etsi adjecta sit declaratio de non revocando, *manere tamen rem etiam sic in mortis causa donationis conditionibus.* Quarum conditionum sive proprietatum una est notissima, quod non egeat insinuationis, ut ad *Instit.* dictum est. Et secundum hanc rationem consulti, D. Bœckelmannus Antecessor olim Lugdunensis Batavus & ego, respondimus olim in causa ad nos remissa Brema, ubi matrona quædam donaverat amico post mortem suam millia duodecim Imperialium, sub lege *nullo casu revocandi*, neque facta erat insinuatio in Acta publica, quod heredes donantis, fieri debuisse contendebant.

4. Solet alioqui pro nota discriminis inter utramque speciem casu dubio, poni, si donator usumfructum sibi reservaverit, si donatarii nomine se possidere constituat, si donationem se observaturum promittat, ut tunc inter vivos sit, uti observat Menochius *3. Præsumpt. 35. n. 36.* idque etsi mortis aliqua mentio facta sit, modo non expresserit donator, se cogitatione mortis velle donatum, ut tradit Donellus *14. comment. C. 35. n. 63.* Sand. in *d. decis. vers. Nec mutat.* addens numerum quinque testium pro nota discriminis haud quaquam esse habendum: Etsi enim quinque testes in ultimis voluntatibus præter testamentum adhiberi solenne sit, in actibus autem inter vivos pauciores sufficiant, sæpe tamen homines in cautionibus rerum agendarum abundant. Denique sic volunt, in universum quidem, si dubitetur, præsumi donationem inter vivos, ut idem Sandius e *Doctoribus*. Denique ita recte colliges, omnia resolvi in id, quod diximus, Esse donationem mortis causa, quæ facta est in casum mortis, ita ut appareat, donatorem ejus animi fuisse, ut se rem mallet habere quam Donatarium, *d. l. 1. h. & l. 35. eod.*

5. Cæterum, donatio mortis causa præterea in hoc ab ultima voluntate distat, quod cum donatio causa mortis in singulos annos sit simplex, legatum ejusmodi est multiplex, *l. 35. §. ult. h.* quod post mortem auferri nequeat, *l. 5. §. 17. de his, quæ ut indign.* quia tempus, quo capacitas spectetur, est Mortis duntaxat, *l. 22. h.* Postremo, filiusfamilias patre annuente, mortis causa donare potest, *l. 25. §. 1. h.* quin de adventitiis, quorum ususfructus patri non quæritur, inter vivos, vel invito patre donare potest, an & mortis causa? Videtur, per *N. 117. c. 1. pr. & §. 1.* sed de his latius non agemus, post ea, quæ ad *Instit. h. t.* collocata sunt.

6. A donatione m. c. differt mortis causa capio, quæ est adquisitio, propter mortem alterius obveniens, & quæ alio nomine non appellatur. Cujac. in *par. hic.* ut si quid alicui conditionis implendæ causa, vel si alienæ mortis causa donatum sit, *l. 8. l. 12. l. 18. in pr. & l. 31. in pr. & l. 38. h. t.* unde exempla petere cuivis obvium est.

LI-

LIBER QVADRAGESIMUS.
Ubi varia de SERVIS.

HIc liber totus materia ſervili occupatur; cujus cum hodie nullus ſit uſus,* & notitia terminorum *ex Inſt.* habeatur, fas erit titulos eo contentos prætervehi, aliunde facile petendos. Nuda recenſio Rubricarum ſufficiet. Tituli ſunt omnino XVI. Primus eſt de *Manumiſſionibus*, cui ſatisfactum ad *tit. Inſt. de Libertinis*. Tit. II. De *manumiſſis vindicta*, quæ celeberrimus olim erat modus; ubi nota, ſis, textum, ex quo vulgo probant, vitam hominis & famam pari paſſu ambulare, *l. 9. in pr. h. t.* quod minime profecto univerſale eſt. vid. *l. 6. & 7. Quod met. cauſ. l. pen. §. 1. de publ. judic.* juncta *l. 6. §. 1. de his, qui infam. not. l. 42. §. 1. de Procurator.*

Tit. III. *De manumiſſionibus, quæ ſervis ad univerſitatem pertinentibus imponuntur*, qui vix aliud continet, quam univerſitates hac etiam parte non alio jure quam privatos uti.

In Tit. IV. *De manumiſſis teſtamento*, agitur de his, quibus directa libertas teſtamento datur. Tit. V. *eſt de fideicommiſſariis libertatibus*, de quibus ad *tit. Inſt. de ſingul. reb. per fideic. rel.* Eſt heic illud nobile Pomponii ſymbolum ** in *l. 20. Nam ego diſcendi cupiditate, quam ſolam vivendi rationem optimam, in octavum & ſeptuageſimum annum ætatis duxi, memor ſum ejus ſententiæ, qui dixiſſe fertur,* κἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σορῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βουλοίμην. *Id eſt: Etſi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiſcere.*

Tit. VI. Loquitur *de ademptione libertatis* lege facta, ut Ælia Sentia. Enimvero poteſt etiam a teſtatore adimi, tam expreſſe quam tacite, modo expreſſio voluntatis non ſit obſcura nimis, *l. 50. de Fideic. libert.* Adde quæ ad Inſtit. *lib. 1. tit. 6.* dicta ſunt.

Tit. VII. De *Statu liberis*, ſatisfactum ad *Rubr. Inſt. de jur. perſon.*

Tit. VIII. eſt de *his, qui ſine manumiſſione ad libertatem perveniunt.* Quales ſunt, quibus in diem, vel ſub conditione, teſtamento vel Contractu data eſt libertas, elapſo die vel conditione exiſtente, *l. 1. & t. t. b. l. 3. de Statu lib.* vel ſi quis ancillam emerit, ne proſtituatur, & tamen proſtituat, *l. 6. §. 1. h. t.*

Tit. IX. eſt; *Qui & a quibus manumiſſi, liberi non fiunt, & ad Legem Æliam Sentiam*, quam totidem verbis Rubricam habuimus ad Inſt.

Tit. X. De *jure aureorum annulorum*, docet, ingenuitatem conſequi libertinos, quibus princeps aurei annuli geſtandi jus dedit, at ſalvo jure patronatus, *l. pen. & ult.* Hoc jus cum aliis dedit Auguſtus Antonio Muſæ Medico, quem idcirco prius ſervum fuiſſe, neceſſarium & notum eſt. Vid. Sigon. *lib. 2. de antiqu. jur. civ. Rom. c. 3.* Juſtinianus aureorum annulorum jus, omnibus indiſtincte libertinis conceſſit, *Nov. 78. c. 1.*

Tit. XI. De *natalibus reſtituendis*, docet, eos, qui natalibus a Principe reſtituuntur, jus pleniſſimum ingenuitatis adipiſci, ut nec obſequium Patrono debeant, nec ut ingrati accuſari queant, ſecus ac is, qui aureis annulis donatus eſt, *l. 3. C. de bon. libert. l. 10. §. 3. de in jus voc.* ſed Princeps neminem facile reſtituebat, niſi conſentiente Patrono ejusque filio, *l. 2. l. pen. & ult. b. t.*

Tit. XII. Cauſæ *liberales*, de quibus heic agitur, ſunt actiones de libertate aut ſervitute, de ingenuitate vel libertinitate; ejusmodi cauſæ ſtatus, maximos exigebant judices, *l. ult. C. ubi de cauſa ſtat. 32. §. 7. de Recept. arbitr.*

Titulus XIII. De iis agit, *quibus ad libertatem proclamare licet*, etſi ingenui ſint nati; quales ſunt majores XX. annis, qui gnari conditionis ſuæ ad pretium participandum ſe venundari ſunt paſ-

* De conditione hominum propriorum, it. ruſticorum in Luſatia, *vid. ſupr. P. I. p. 16.* conf. etiam Jo. Chriſtoph. Schacheri *JCti Lipſ. Diſſert. de Hominibus Gleba adſcriptis, Luſatiæ Superioris Lipſ. 1715. edita.* de Laſſis, denen Laſſen, qui bello victi agris colendis adſcripti ſunt, Land-R. *l. 3. art. 44.* j. Ziegl. *d. dote Eccleſ. c. 9. th. 31.* Add. omnino Menck. *in Tract. ff. Synopt. p. 439.*

** Non eſt hoc ſymbolum Pomponii, nec ſane Juliani, cujus Pomponius verba referat, ut multi ſibi perſuadent, ſed Græculi, qui de veritate Aſſerti Juliani per epiſtolam Pomponium rogavit, ut docte oſtendit Laur. Andr. Hambergerus *de Edicto Perpetuo c. VI.* Perridiculus adeo Jac. du Breul, monachus S. Germani in Pratis, qui in præfatione Theatri Antiquit. Urbis Pariſienſ. Julianum Apoſtatam hoc verbo uſum affirmat.

ſi, *l. 1.*

ſi, *l. 1. & ſeq. h. t.* aut etiam, ut commodius, quam in libertate conditio fortunæ eorum ferebat, viverent, uti cum ſervi publice fiebant, veluti actores. vid. *l. 6. §. 5. de Injuſt. rup. teſtam.* Aliud Rubricæ exemplum vid. in *l. 2. h.*

Tit. XIV. *Si ingenuus eſſe dicitur*, agit de præjudicio, quoties contenditur, utrum quis libertus ſit, an ingenuus, quod uſum habet, ſi operæ petantur, ſive obſequium deſideretur, vel etiam famoſa actio intendatur, aut in jus vocetur is, qui ſe dicit patronum, *l. ult. h. t.*

Tit. XV. *Ne de ſtatu defunctorum poſt quinquennium quæratur*, id prohibet; ne poſt quinquennii lapſum quærere liceat, utrum aliquis ingenuus, an libertinus fuerit, *l. 1. h. t.*

At in Tit. XVI. *Colluſio* ponitur, ſi is, qui ſtatus controverſiam alicui movebat, ita cum adverſario colluſerit, id eſt, ſimulate & prævaricando contenderit, ut pro ingenuo abſolveretur, is fit ſervus, aut libertus ejus, qui colluſionem detexit; etſi vere ſervus alterius, qui colluſit, fuerit, *l. 1. & pen. h.*

LIB. XLI.

TIT. I.

De Acquirendo Rerum Dominio.

I. Continuatio, & definitio Dominii. II. Poteſtas rem a tertio vindicandi, num quas exceptiones patiatur. III. An dominium ſit rerum incorporalium. IV. De origine dominii per occupationem. V. De jure venandi hodierno, & moris Friſici. VI. De modo occupationis, ſingularia. VII. De jure in feras nondum captas hodierno. VIII. Quomodo res nullius, occupatæ amittantur. IX. De Acceſſione, nominatim de fœtura animalium. X. De Alluvione. XI. De Avulſione. XII. De fluminibus, & lacubus ſiccatis. XIII. De cæteris modis, remiſſive. XIV. Ad l. 36. h. t. *juncta* l. 18. de Reb. Cred. *XV. Ad* l. 15. de Reb. Cred. *juncta* l. 34. Mandati. *XVI. Quid ex uſu hodierno juris ſit.*

NOn eſt quod anxie quæratur, qui factum ſit, ut hoc demum loco de Rerum dominio ſit actum, quando de actione, quæ ex dominio datur, jam pridem, in *libro ſexto* abſolutum eſt, & cur tractatus de dominio ac Hereditate, a petitione utriusque juris ſeparatus ſit, ut nec commoda, niſi poſt judicia omnium rerum petitoria abſoluta, reperta ſit occaſio. Verum, hic ipſe locus de Dominio late pleneque exactus eſt *ad Inſtit.* & in *libro quarto Digreſſionum a princ. & cap. 10. cum ſeqq.* ut heic pro inſtituti noſtri ratione ſuperſedere liceret, niſi momentum rei ſummarias duntaxat admonitiones exigere videretur.

Non mutamus definitionem Dominii, quod ſit Jus de re corporali perfecte diſponendi, aut eam vindicandi, niſi conventio vel lex prohibeat. Perfecta diſpoſitio reſpondet voci τελέως, *perfecte*, Ariſtoteli frequenter in definitionibus uſurpatæ, id quod ſummum in ſuo genere eſt, ac civiliter ſignificans, ut heic quidem, dum quisque dicitur eſſe liber arbiter & moderator ſuarum rerum, *l. 21. C. Mand.* atque ita reſolvitur in liberam rei ſuæ adminiſtrationem, ac alienationem; quatenus in manibus & poteſtate noſtra res ſunt. Si vero deſierint eſſe, non ideo dominium deſinet, ita ſicut poſſeſſio, de qua *tit. ſeq.* ſed vindicatio ſupereſt.

2. Tunc, inquam, Dominium in facultate vindicandi conſiſtit, qua res a quolibet poſſeſſore poteſt avocari, de qua poteſtate fuit agendi locus in *lib. 6. tit. de rei Vindic.* Avocatur autem jure dominii res, a poſſeſſoribus etiam bonæ fidei tituloque juſto præditis, ne pretio quidem, quod dederint, reſtituendo, *l. 16. C. de Evict.* Excipiunt hodie caſum, ſi quis in nundinis bona fide aliquid emerit. Hic enim non niſi pretio ipſi reſtituto, ad reſtituendam rem ſibi venditam tenetur, etſi teſtibus, ut fit in contractibus curſim atque confertim celebratis, careat; juramento ejus fidem habendam placuit, niſi regreſſum contra venditorem, & indemnitatis habeat facultatem. Ita Grotius *lib. 2. Introduct. part. 3. n. 13.* Zypæ. *not. jur. Belg. tit. de Rei vind. verb. Jure.* Antwerpienſes tamen hanc conſuetudinem non probant, Conſuet. Antwerp. *c. 58. art. 1.* neque Mechlinenſes, *tit. 2. art. 2. & ibi Chriſtinæ.* nec apud nos hujusmodi conſuetudinem unquam intelligo eſſe re-

receptam. Plane, si princeps nundinas hac lege privilegioque concesserit, non est dubium, quin & ex juris ratione valeat exceptio: Principis etiam auctoritas fine dubio supponitur apud populos, qui hoc privilegium tacite nundinis competere volunt: quia talis exemptio a legibus, & juris alii competentis ademptio, non nisi a summa potestate proficisci potest. Unde cum apud nos, quo nescio juris errore, moris sit, ut nundinæ a Magistratibus, sive Ordinum, qui jus Principis habent, auctoritate stabiliantur, absonum foret, illis tam enorme jus concedere, quo dominii effectus in rei amissæ vindicatione obstrueretur.

Alias habent Pragmatici duas exceptiones, alteram in mensulariis sive Lombardis qui dicuntur, quibus res undique pignori dantur, ut ne cogantur eas repetentibus dominis restituere, nisi pretio, quod ipsi dederint, restituto; modo nescierint, aut scire debuerint, res esse furtivas, ut Grotius & Zypæus ibidem; etsi prædictæ civitates Mechlinenses & Antwerpienses a jure dominii ne hactenus quidem recedendum putaverint. Neque apud nos id esse admissum, probavimus exemplisque firmavimus ad *tit. de Rei vindic. pag. 768.* Tertiam exceptionem tradunt iidem Auctores in *vestium tritarum venditoribus*, qui apud nos *Uitdragers*, etsi hoc vocabulum primitus alios significat, ut monuimus ad *tit. de Æstimat. act.* Hos idem habere privilegium volunt, si modo res venditas per triduum publice exhibeant. Sed neque Antwerpienses, nec iidem Mechlinenses id approbarunt, neque ut mihi datum est unquam intelligere, Frisii. Ideoque non probatis exceptionibus, nihil superest, quam ut regula maneat, Domino rem suam vindicanti a quolibet possessore, gratis esse restituendam.

3. Porro dominium esse rerum corporalium duntaxat, eadem indicat definitio, ut probatum a nobis est ad *Instit. h. t. num. 13.* vindicatumque a Thomasii exceptionibus, & denique Responsiones ad textus, qui non fuerant occupati *d. loco ad Inst.* supplevimus in *lib. 4. Digress. cap. 7. & part. 2. Digress. lib. 2. cap. 3.* Proinde post hæc omnia non videmur operæ pretium facturi in recensendis iis, quæ in priori editione positionum ad *h. t.* collocavimus, quæ prioribus & prolixis Thomasii scholiis agitata, responsionibus in immensum extenderentur. Summa huc redit, Dominii vocabulo accidere, quod aliis pluribus, in Jure potissimum, ut vel late, vel stricte accipiantur. Late, Dominium complectitur omnia, quæ sunt in patrimonio: stricte, sicut modo definitum est. Utra vero significatio propria sit, vel impropria, ex usu comparato dijudicandum est. Quem sensum Jurisconsulti sequuntur in loco, ubi ex professo agunt de Dominio, hunc proprium esse dicendum; quem vero aliis locis aliud agentes adspergunt, hunc pro improprio esse habendum, ratio docet. Atqui in Titulis *Inst. & Pand. de Acquirendo rerum dominio*, non nisi de rebus corporalibus agunt. Incorporalibus non nisi obiter aliquando dominii vocabulum adscribunt. Unde quid super hac quæstiuncula statuendum, proclive ad existimandum est.

N. ADDIT.

Ut vero eo melius judicium suum Lector de hac quæstiuncula dare possit, postulamus etiam, ut ea legantur, quæ ad Institut. *adversus responsiones Autoris in novis additionibus adduximus, eumque in finem etiam apponimus ipsas positiones hic Autori omissas, cum nostris scholiis.*

Positio 2. Dominium licet abusive, in omnibus, quæ perfecte ad nos pertinent, aliquando usurpetur, in l. 70. §. ult. de V. S. l. 48. de hered. Instit. *(a) ac ita & obligationes (b) comprehendat, & servitutes, (c)* l. 3. si ususfr. pet. *proprie tamen ac ut terminus Artis, ad res corporales pertinet, velut possessio, (d)* l. 1. §. 1. de acqu. poss. *diserte ita (e) in* l. 4. pr. comm. div.

(a) Ubi dominium prædicatur de hereditate: Cæterum quod hic significatus non sit abusivus, sed laxior saltem, diximus jam ad *tit. Inst. de R. D. posit. 31.*

(b) Vide supra parte II. de Justitia & J. ad posit. 18. n. 9. Cæterum an hunc significatum ad latiores referre velis, an ad improprios, nobis perinde erit. Certe non adeo frequens est in jure, & Paulus, dum *l. 32. de R. V. In rem actionem ei* tribuit, *qui aut Jure Gentium aut Jure Civili dominium acquisivit*, satis aperte reliquas dominii species, actiones reales producentes, a dominio obligationis, quod actionem personalem efficit, distinguit, quod & supra fecimus *de Justit. & J. d. l. n. 11. 12. 13. 14.* unde cum postea Doctores non infrequenter, ad ostendendos fontes actionum, dominii & obligationis vocibus uterentur, & ita sæpissime dominium obligationi opponerent, facile evenit, ut dominium obligationis pro abusivo haberetur, ut vice versa obligatio, quæ ex dominio oritur, vix stylo JCtorum pro obligatione ha-

habetur, §. 1. *Inst. de act. conf. Philos. Jur.* §. 116.

(c) *Vide iterum not. ad Inst. de R. D. pos. 31.*

(d) Verum a possessione ad dominium non agnosco consequentiam. Possessio est facti, & detentio rei, quæ absque re corporali non potest concipi. Dominium contra jus est, & proprietas, quæ etiam in rebus incorporalibus potest intelligi.

(e) *Vide iterum de R. D. posit. 30. lit. K.*

3. *Item ex hac ratione: quæ sunt in dominio, illa etiam in usucapione, (f)* §. pen. I. Per quas pers. cuique. *Sed in usucapione tantum sunt res corporales*, l. 43. §. 1. h. *Add.* l. 13. pr. h. l. 4. de alim. leg. *ubi dominium & proprietas sunt unum & idem, (g) nec leve argumentum est, (h) quod in h. t. nec in Inst. rerum incorporalium ulla fiat mentio.*

(f) Mallem hanc positionem vel per bonam consequentiam ostendi *ex d. §. pen.*

(g) At hoc pro nobis est. Si enim proprietas est rerum incorporalium, utique & dominium erit. Esse autem proprietatem jurium, vel inde patet, quod eadem in alium transferri possit, non solum moribus consuetis, ubi v. g. in cessione actionum nihil frequentius formula, quod cedens transferat proprietatem actionis in cessionarium, **daß er sich alles Eigenthums lossaget, und sein Recht dem andern eigenthümlich übergiebt**, sed &, ni egregie fallor, Jure Romano per cessionem solennem, quæ in jure fiebat, de qua vide omnino *Ulp. tit. 19. & conf. Autor ad Instit. de Usufr. posit. 35.* Quod si ea sit intentio Nostri, *in d. l. 13. pr. hic & d. l. 14. de alim. legat.* proprietatem prædicari de rebus corporalibus, dicemus: unius positionem non excludere alia.

(h) *Dixi ad Inst. h. t. posit. 30. lit. L.*

4. *Efficacissime autem hoc probatur inductione specierum, quæ cum incorporales sint, ad dominium a multis referuntur, ut servitus, quæ dominio opponitur, (i)* l. un. de Remiss. *ususfructus in* l. 43. in f. de Furt. *dein possessio, quam a Dominio alienam (k) esse, ostendit rubr. hujus* & seq. tit. *& definitio usucapionis, differentiaque inter petitoria & possessoria judicia, quæ sunt notissima toto jure fundamenta.*

(i) *Dixi ibidem lit. M.*

(k) Quoad possessionem consentio.

5. *Valeant igitur, qui volunt dominium esse triplex, proprietatis, servitutis, possessionis, (l) licet ita D. Wissenb.* ad h. t. th. 2. *dix. in prælect.* h. tit. Inst. th. 12.

(l) Dominium possessionis & ipsi rejicimus. Agnoscimus equidem Dominium Servitutis, & præter hoc dominium pignoris, & hereditatis, Illustrem secuti Bornium, at non opponimus eadem cum Wissenbachio dominio proprietatis, sed dominio rerum corporalium, nam & hereditatis, & servitutis, & pignoris fatemur proprietatem.

6. *Non obst.* l. 2. C. ubi in rem act. l. 9. C. de Pign. l. 11. C. de omn. agr. desert. *ubi clarum est, possessionem sumi pro prædiis possessis. vid. Brisson. de V. S. verbo*, Possessio.

7. *Nec etiam* d. l. 70. §. ult. de V. S. & l. 48. hered. Inst. *ad quas responsio jam occupata est. (m)*

(m) *Scil. posit. 2.*

8. *In l. 3.* in fin. si ususfr. pet. *dominium ususfructus memoratur; at eodem sensu, quo possessio (n) ususfr.* ibidem, *improprie & abusive*, l. 3. pr. de Acquir. poss.

(n) Repete dicta *ad posit. 2. lit. d.*

9. *Eodem modo respondendum (o) ad* l. 15. §. 8. Quod vi aut clam. *vel dici, (p) servitus ad causam dominii pertinet, quatenus per eam adficitur dominium & minuitur, sed per se neutiquam est dominium.*

(o) Eodem ergo & regerendum.

(p) Sed hæc responsio nimis procul accersitur.

10. Lex 118. in fin. de V. O. *quæ fructuarios aliquando jure dominorum gaudere ait, per hoc fortiter probat, eos non esse dominos. (q) idem fere* l. 4. de usufr.

(q) Scilicet rei usufructuariæ tanquam corporalis.

11. *Nec quod servitus vindicari dicitur* Rubr. ff. si servitus vindicetur, *id dominium probat, cum vindicationis verbum late de qualibet in rem actione, (r) licet aliunde quam ex dominio orta, usurpetur*, §. 15. l. de action. *Reliqui textus, quorum meminimus* d. th. 12. *nullius sunt argumenti.*

(r) Sufficit, quod omnis in rem actio ex dominio oriatur, *per d. l. 23. pr. de R. V.*

12. *Ususfructus equidem, si consideretur non ut formaliter a proprietate separatus, sed ut rei emolumentum, recte dominii pars (s) appellatur*, l. 4. de usufr. l. 70. §. 2. de fidejuss. *& sic ad constituendum dominium concurrit, atque in eo est ut pars in toto, minime vero ut species sub genere. Usu-*

fructu autem separato, nuda proprietas dominii nomen sola retinet, ac saepe dominium proprietatis vocatur, l. 17. Quib. mod. ususfr. amitt. l. 4. C. de prob. *Unde cave colligas, (t) fructuarium esse* dominum ususfructus.

(s) Quoties ususfructus dicitur pars dominii, toties intelligitur dominium strictissime rei corporalis. Quoties vero ususfructus dicitur species dominii, vel dominium ususfructus, toties intelligimus dominium rei incorporalis.

(t) Agnoscimus hanc cautionem, quatenus non recte infertur: Usufructuarius habet dominium rei usufructuariae, quia ususfructus antea erat pars dominii in ista re corporali.) nam proprietas est pars essentialis, ususfructus vero proprietati cohaeret accidentaliter, ita ut ad essentiam dominii in re corporali nihil faciat, & salvo quoque dominio a proprietate separari possit.) Sed quod autor nos cavere jubet, ne colligamus, fructuarium non esse Dominum ususfructus, (tq. rei incorporalis) id ex antecedentibus non potest inferri.

13. *Hunc jura terminum ignorant. (u) Dominium plenum separatione ususfructus non abit in duo dominia, (x) sed dominium (y) denudatur, & reverso usufructu consolidatur, quod tamen & antea dominium erat.* §. ult. l. de usufr.

(u) Sed contrarium ostendit *d. l. 3.* in fine, si ususfr. petetur.

(x) Ejusd. rei corporalis.

(y) Supple iterum, rei corporalis.

14. *Qui nudam proprietatem habet, is non modo dominium, sed & fundum habere absolute, eumque petere dicitur, & ususfructus tantum pro qualitate fundi, (z) ut alia servitus, habetur*, §. 9. Inst. de Legat. *qui petit fundum, is jure Dominii necessario agit*, l. 23. pr. de R. V.

(z) Ergo qui usumfructum fundi habet, non habet dominium fundi. Sed quid inde?

15. *Quin & plenum dominium saepe vocatur proprietas, ne quis putet, hanc vocem semper absentiam ususfructus notare*, l. 2. quib. mod. ususfr. am.

16. *Porro, quod servitutum traditio memoratur in* d. l. 13. pr. l. 1. §. ult. de S. R. P. *quomodo accipiendum sit*, *ex* l. ult. de servit. & l. 3. §. 2. de act. emp. *patet, servitutum non est traditio, (aa) sed aliquid pro traditione, usus nempe & patientia usus*, d. l. 1. §. ult.

(aa) *Ex hoc probatur saltem, non esse veram possessionem servitutum, non autem, earum non esse verum dominium.*

17. *Ita facile respondetur (bb) ad ea, quae Bachovius pro dominio incorporalium rerum disputat* vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. L. *Latior tamen explicatio, cum res feret, dabitur.*

(bb) Ita, ut vides, facile etiam regeritur.

Ultima definitionis, indicant alienationis prohibitae causas, de quibus actum *ad tit. D. Quae res pign. vel hypoth. obl. non poss.* item ad *tit. de Sc. Trebel.*

4. De origine Dominii, copiose actum a nobis in *d. lib. 4. Digress. cap. XI. & seqq.* probatumque, etsi jure naturae omnia sint communia, Dominii tamen institutum causam habere justissimam. Summa rationum illarum haec est; Deus hominibus dedit aequabile jus in res inferioris naturae, quod recte Communio appellatur. Sed ex iis rebus quaedam ejusmodi sunt, ut universali generis humani usui sufficiant, quemadmodum praeter Solem, Lunam, sidera, coelum, est etiam majori parte Aer & mare, quarum idcirco mansit in perpetuum communio. Quod etiam in iis, quae non recipiunt universam & stabilem acquirendi causam, ut sunt ferae bestiae, volucres, pisces, obtinuit. Aliter se res habuit in caeteris, quarum usus non sufficit omnibus, & quae pariter ab omnibus usurpari nequeunt, etsi & harum diversa tamen ratio apparet. Quaedam enim sunt tales, ut usu consumantur in continenti, quaedam minuantur, & paulatim evanescant. Prioris generis sunt esculenta, potulenta, quorum communio non potest durare per rerum naturam, quia quod quisque in usum alimenti sumit, in ejus substantiam vertitur, de quibus ideo parum abest, quin verum sit; Divisionem pari cum ipsa communione, loco & gradu consistere, ut communionis primaevae adversarii urgent; etsi verum non sit, communionem animo saltem concipi non posse; cum utique temporis aliquod spatium praecedat alimentorum consumptionem, nec omnia simul comedantur: in rebus, quae sensim consumuntur, ut sunt vestes aliaque utensilia, non poterat etiam vel commode, vel diu subsistere communio; Quod de habitatione similiter res loquitur; maxime postquam usus & salubritas aedificare docuit; quia nihil convenientius est naturae rationali, quam ut quisque labore suo utatur fruatur: quod etiam locum habet in operis jumentorum naturalibus aut edoctis. Per consequentiam autem im-

immediatæ consumptionis alimentorum, & exclusæ communionis ab illis, necesse fuit, jus commune brevi quoque cessare in subjectis, unde alimenta percipiuntur, ut sunt agri, & bestiæ quædam; nisi quamdiu omnes promiscue satis abundanter inde poterant ali, idque sine cura & cultura. Nam ubi primum hæc accessit, singuli laboris sui fructus sibi vindicare debuerunt. Accessit discordiarum, quæ ex communione oritur, experientia. Qua factum est, ut primo integri populi certas regiones occupatas limitibus ab aliis discreverint, atque intra suos limites divisionem per fundos singulaque mobilia instituerint. Quæ occupatio fluxit ita ex necessitate rerum, hominumque, & ex tacita conventione naturæ rationi convenientissima, quam Justinianus indicat his verbis; *Quod enim antea nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. §. 12. Inst. h. t.*

5. Hæc est origo dominii per occupationem, quæ versatur circa res Nullius, ut copiose ad *Inst.* & in *Digress.* expositum dedimus. Cujus usus cum sit naturalis, non potest hodiernis moribus esse abrogatus, potest cujusque populi voluntate, id est Lege, restringi & restrictus est; ut de venatione ferarum nobilium, constat ubique per Europam, secundum cujusque populi placita & præscripta; qua id autem ratione nitatur, dix. in *lib. 4. Digress. c. 19.* Nostrates jus venandi extenderunt ad omnes Nobiles & immobilium possessores Edicto *Ordin. d. 14. Mart. 1610.*

Præterea, (detur venia hæc referendi ex. gr.) Centurionibus militum, consequenter etiam Tribunis & altioribus præfectis, suo nomine & instrumento, non ex mandato, *lib. IV. Statut. VIII. art. 15.*

Celsissimo Gubernatori Hæreditario Provinciæ, datum est Privilegium venandi, exclusis omnibus aliis, per agros præfecturæ Biltanæ, ex Decreto ordinum *d. 15. Mart. 1650.*

Si quis adversus Edicta venatus fuerit, singulis vicibus mulctatur decem Carolinis, cum jactura instrumentorum, *d. tit. 8. art. 12.*

Nec his, quibus venari licet, aliter licet quam pilum pilo, ut ait Statutum, *hair met hair*, non sclopetis, aut cassibus sub pœna centum Florenorum aureorum, *art. 3.*

Neque plures quam tres lepores una die capere licet, Edictum d. XXII Jul. 1652. art. 11.

Inter Vigiliam Quadragesimæ & Festum Jacobi, prorsus venari non licet, ut detur spatium genituræ; eademque causa prohibita est venatio universa tertio quolibet anno, præterquam in sylvis, sub pœna decem Carolinorum, *d. tit. 8. art. 2. & 16.*

Mandata venandi exteris dare non licet, (quos inter tamen non numeramus Studiosos,) nec pluribus simul mandare licet, verum singuli ad singula venandi genera duntaxat; denique finitur anno ejusmodi mandatum, *d. tit. 8. art. 15.*

Hæc etiam pertinent ad aucupia volucrium nobiliorum, discretis terminis habilibus, ratione modi & instrumentorum venandi; adde, quod perdices anniculos suæ libertati restituere oportet, *d. tit. VIII. art. 7.*

Præter aves nobiliores, vetitum est petere sclopis etiam anseres, anatesque mansuetos, aliasque ejusdem generis, quas vide *d. lib. IV. tit. 9.* eaque gratia, apud decipulas, vulgo *koijen*, non licet uti sclopetis, cis distantiam sexcentarum perticarum, sub pœna duodecim florenorum, & commisso instrumenti, *d. tit. 8.*

Quin & reliquas aves feras vetitum est petere sclopis, a medio Martio usque ad Festum Bartholomæi, sub pœna sex florenorum & commissi, ut supra, *d. tit. art. 13.* excipe passeres, sturnos, & omne genus volucrium noxiarum, quas cuilibet quovis tempore licet capere, dissipare, perdere; nidis excipere nulli licet. ex Edicto *d. XXVI. Mart. 1658.*

Cygni feræ naturæ sunt, eosque capere licet, modo non feriantur, qui ad alios pertinent, nam talium cædes mulctatur viginti florenis, *lib. IV. Stat. tit. 10. art. 26.*

Quæsitum memini ex facto, an hæc mulcta debeatur his, quorum Cygni fuerunt proprii? quod non videtur: Nam vocabulum *Verbeuren*, quod est in *d. art. 26.* magis significat mulctam, quam non exigunt privati, adde *art. ult. d. tit. 10.* ubi est eadem expressio; Atqui commissum *verbeurte*, nihil ad id quod interest privatorum spectat.

Recurrendum igitur ad locum communem, qui est in *tit. 8. art. 2.* ubi mulctæ venationum, in genere applicantur Præfecto Generali Venationum, vernacule *den Houtvester*, aut Magistratui cujusque loci, jure præventionis. Etsi de Cygnis aliquando secus a Curia nostra judicatum meminim.

Reliqua de Venationibus, earumque speciebus petas licet ex allegatis Statutorum capitibus; nisi addere velis, prohibitam esse venditionem ferarum nobilium, & inprimis exportationem e

finibus Provinciæ, sub pœna centum florenorum aureorum, ex Edicto *d. XXII. Jul. 1652.*

Piscatio promiscue licita est in Frisia, præterquam in portubus, aliisque forte an paucis locis, ubi vel publice locatur vel certis Patribus familiarum datum est hoc jus, pro refectione pontium aliorumve onerum communium: & tamen illic etiam hamo cuilibet piscari fas est, modo aquæ non sint in fundis privatorum.

Sed retia, quibus in piscando Cives utuntur, facta esse debent secundum formam publice præscriptam, quam, & reliqua huc pertinentia, vide *d. lib. 19. Stat. tit. 6.*

Evehere pisces, in & sub Frisia captos, extra Provinciam non licet, nisi per duas horas in aliquo foro venum expositi fuerint, sub pœna commissi, navis, piscium, pretiique eorundem; iterum, deprehenso duplum irrogatur, postmodum arbitraria pœna est, *d. tit. 6. art. 1.*

Sed novissime bono publico sancire placuit Ordinibus, ut certis hominibus liceret evehere pisces pauculis in hunc usum navibus publice concessis, quod tamen deinceps versum in contrarium experientia, rursus abrogatum est.

Trinis ante & post Calendas *Majas* hebdomadibus piscatio fovendæ geniture prorsus interdicta est, sub pœna, prima vice quindecim, secunda triginta florenorum, tertia sub graviori arbitraria pœna, *d. tit. art. 17.*

Postremo nota, si libet, ova nobilium & mansuetarum avium fas non esse tolli neque vendi, nec quidem *Kivitarum* quas habemus, licet hæ nec nobiles, nec mansuetæ sint, nisi in propriis fundis, sub pœna decem Carolinorum, *d. lib.*

6. Hæc ita exempli causa. Quisque suæ Patriæ mores conferat, licet. Cæterum occupatio feræ, piscis, non modo fit manibus, sed & instrumentis,* modo instrumenta sint in nostra potestate, & fera ita sit intricata, ut inde exire nequeat, adeo ut qui illo casu feram interceperit, in id quod interest teneatur, *l. 55. h.* qua de re vid. Donell. *4. comm. 8.* Bronchorst. *3. Antinom. 76.* Aliter Cujac. *4. observ. 2.* dix. *4. Digress. 17. n. 2.* Opus autem est facto aliquo, veluti, si quis silvam circumsepserit, vel lacum suum prius aquis commissum aggere objecto obstruxerit, nempe si tam pisces quam feræ illuc immissæ sint, non aliter, *l. 3. §. 14. de Acq. poss.* quanquam prius illud ex ratione juris gentium simpliciter sufficeret, ut putat Grot. *lib. 2. c. 1. §. 2.*

SCHOLIUM.

Vereor, an hac sententia & menti Nervæ & Grotii conveniat. Sane Nerva vult feras etiam immissas silva circumsepta, & pisces in lacu inclusos non possideri. Et sic eundem quoque Grotius intellexit ac eidem contradixit. Neque de possessione ferarum non immissarum Grotius quicquam. Cæterum, qui inter Nervam Grotiumque dissensus est communiter, tollitur explicando Nervæ dictum de stagno aperto, einer offenen See, *& de silva ornatus tantum causa circumsepta, ut tamen feræ possint evadere. Vide ex Grotii Commentatoribus* Dn. Ziegl. p. 315. Henn. p. 538. sqq. *Aliter* Dn. Pufend. IV. 6. 11. p. m. 500.

RESPONSIO.

Opus est videre Pauli verba, quibus Nervæ sententiam exponit; Item feras bestias, ait, quas vivariis incluserimus, & pisces, quas in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quæ in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sunt in libertate naturali: *Alioquin, etiamsi* quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. *Existimavi, ex his verbis manifestum esse, Paulum & Nervam in ea sententia fuisse, septa molesque sylvis & stagnis circumjecta non ita adficere pisces singulos, ut naturalem amittant libertatem & occupatæ censeantur; verum facto aliquo singulis applicito esse opus, ut inclusione & conjectione in aquas. Nervam de feris in sylvas circumseptas* immissis *& de piscibus in stagna conjectis loqui, ut adserit Thomasius, Lector αὐτόπτης refellet; & comparatio cum sylva empta secus demonstrat. Possideri negat pisces & feras in sylvis circumseptis & stagnis vagantes in iisque deprehensas, non illuc immissas. Grotius complexionem solam putat sufficere. Distinctio Thomasii toto genere abhorret; nec enim nisi de aquis undique conclusis agitur in hac quæstione & sylvas ornatus causa non feris claudendis quis cingit septis? Præter quod nec tales ad genus quæsiti pertinerent. Libertatem naturalem feris talibus adscribit Nerva, quod vagentur, neque per se adhuc captæ fuerint.* dix. lib. 4. Digress. cap. 17. n. 3.

* Immo forte nuda voluntate, ut multis ex intimiore philosophia & ipsis legum Romanarum argumentis disputat Ill. Gundlingius in *Gundlingianis suis P. 31. n. 1.* Von Erlangung des Eigenthums ohne Berührung und cörperliche Bewahrung.

N. AD-

N. ADDIT.

Jam Autori consentio. Expungatur itaque Scholium.

Moribus hodiernis sententiam Grotii magis esse valituram, non videtur abnuendum.

7. Ubi prohibita est venatio, ibi non quidem dominium immediate principibus addicitur, sed tamen mediate, quam primum fera occupata est, principes ministerio capientium Domini fiunt, quod liquet inde, quia privati feras sine venatione captas, retinere non possunt. *Constit. Car.* V. 196. Grot. *lib. 2. jur. Holl. c. 4.*

SCHOLIUM.

Sic putem tamen in locis, ubi Principes jus venandi sibi reservarunt, eos etiam ante venationem dominos ferarum, quæ in ipsorum territorio vagantur, esse, & quidem jure accessionis, quo pacto dissentientibus, quos inter etiam est D. Pufendorff. IV. 6.7. *non difficulter responderi potest, quod forte, cum ad Jurisprudentiam civilem non spectet, fiet alibi. Conf. interim tradita* Dn. Pufend. IV. 6. 4.

RESPONSIO.

Responsionis loco remittimus Lectorem ad lib. IV. Digreff. c. 20. *ubi duas sententias videbit cum ratione rejectas. Primam Grotii, quod Principes aliæve personæ privilegiatæ sint domini ferarum, etiam antequam capiantur. Alteram Vinnii & aliorum; Pufendorffii quoque* in d. l. 4. c. 6. n. 4. *qui statuunt, Principibus non competere dominium, sed tantum jus venandi feras. Thomasius priorem sententiam nova ratione confirmat; quod Principes sint domini ferarum, quæ in ipsorum territorio vagantur, jure accessionis. Quod si verum est, quisque dominus fundi pariter erit ferarum in eo vagantium dominus, in iisque cessabit occupatio, contra certam juris doctrinam, quæ non admittit, accessione tam fluxa vagaque dominium transferri.*

N. ADDIT.

Facile responderi poterit ab hanc objectionem Autoris, si prius præmisero declarationem doctrinæ meæ ex institutionibus juris divini n. 140. seq.

Originarius modus hodie est unicus, occupatio; hæc vero est apprehensio rei nullius, cum animo sibi eam appropriandi. Unde regula vulgaris: Quicquid nullius est, occupanti cedit. Prout autem res ipsæ variant, ita variat etiam rerum apprehensio. Hinc mobilia manibus, immobilia ingressione adeoque pedibus apprehenduntur. Est & alia inter hæc duo differentia; ad occupationem immobilium sufficit solus corporis contactus, at in mobilibus requiritur etiam, ut ex eo loco, ubi positæ fuerunt, dimoveantur, & in locum aut custodiam nostram transferantur. (Ita etiamsi aves in nido tetigerim, abeam tamen postea, possunt ab alio, abstrahendo a legibus civilibus, occupari. Simile quid in apibus.) *Quanquam forte dicendum sit, & in mobilibus sufficere apprehensionem absque motione, si modo illa demonstrari possit.* (e. gr. acquiro feram bestiam mortuam, quam primum cornua teneo; lapillum, cum manu tango.) *Item res mobiles, & præprimis se moventes occupantur instrumentis, v. gr. jaculis, laqueo &c. at immobiles jaculis v. gr.* (vide exemplum de Andriis & Chalcidensibus apud Pufend. l. IV. 6. §. 8.) *apprehendere, nunquam inter gentes receptum fuit. Porro cum mobiles regulariter terminos certos ac fines habeant, nullum est dubium, quin si unum rei terminum apprehendam, totius rei dominium acquisiverim. At in immobilibus, quoniam hæ fere naturaliter sibi cohærent, distinguendum erit. Vel enim eæ fines certos acceperunt ab hominum industria, vel minus. In illis,* (*quales sunt ædes;* Huc pertinent etiam agri, postquam certi jam termini ipsis ab hominibus sunt positi,) *etiam præsumetur tota res acquisita, si pars apprehensa corpore fit, v. gr. si quis ædes sit ingressus. In his vero necesse est, ut aliis signis corporeis declarem animum meum, quousque eas occupare voluerim.* (In acquisitione nempe originaria. Nam in derivativa, si minimam partem fundi pedibus tangam, erit possessio acquisita. Nullum enim mobile potest esse sine immobili, saltem quoad usum hominis.) *qualia signa sunt, si limites ponam, si culturam iis adhibeam &c.* (Unde si Mercator cum sua familia per naufragium ejiciatur in insulam desertam, tantum id ex insula occupasse censebitur, quantum coluit, aut limites posuit. Reliquæ partes ab aliis, qui per naufragium eo appelluntur, occupari possunt. Adde Pufend. IV. 6. 8.) *Denique cum mobilia accedant immobilibus, non hæc istis, igitur abstrahendo a specialibus statutis, occupatione mobilium,* (v. g. clavium,) *nunquam acquirentur immobiles. At immobilium apprehensione, simul res mobiles his accedentes acquisitæ regulariter erunt. Pro accessoriis autem habebuntur omnes res nullius, quæ in rebus immobilibus continentur, aut quarum sine immobilibus non est usus, sive sint mobiles in specie, ut res inanimatæ, sive se moventes ut bestiæ, sive supra terram, ut aër, sive intra*

intra eandem, ut v. gr. thesaurus, (De feris bestiis & Thesauro dissentit Pufend. IV. 6. §. 4. 6. 7. Sed mihi videntur rationes ejus, quas movet circa feras bestias, etiam obstare acquisitioni bestiarum mansuetarum, alia ut jam taceam.) *Sive ita sint comparatæ, ut istis statim possim uti pro lubitu, sive speciali & laboriosa apprehensione ad utendum iis sit opus.* (ut in feris bestiis.) *Sive sciam, ubi eas deprehendere possim, sive nesciam*, (ut in Thesauro.) *In eo tamen inter res se moventes & motas ab alio, est differentia, quod dominium rerum se moventium, (quorsum etiam refero aërem,) sine speciali apprehensione sit saltem momentaneum, & quamdiu eadem se ipsas non movent extra rem istam immobilem: quod si vero citra factum humanum aliunde se conferant, desinat dominium nostrum, quoniam tum sunt accessoria aliarum.* (Atque hic iterum puto eandem esse rationem bestiarum ferarum & mansuetarum. Et accurate loquendo, si res nullius occupata fuerit, etsi ibi contineantur bestiæ mansueti generis; ut oves, gallinæ, revera tamen nondum essent mansuetæ, non enim degerint inter homines, nisi forte in rebus derelictis.) *Alia est ratio rerum mobilium in specie; quoniam enim hæ regulariter non nisi ab hominibus moventur, per ejusmodi motionem dominium meum non potest interverti, neque moventes earum dominium per apprehensionem acquirere, quoniam ante apprehensionem non erant nullius. Quod si igitur is, qui rerum immobilium dominus per occupationem est factus, res se moventes*, (sive feras bestias, sive mansuetas. Tum enim sunt acquisitæ non amplius, ut accessoriæ, sed ut principales;) *separatim apprehendat, & ea manebunt in illius dominio, etiamsi postea se ipsas in alium transferant locum. Cæterum uti res semel acquisitæ per derelictionem desinunt esse in nostro dominio, & primævam conditionem recipiunt; ita nullum debet esse dubium, earum rerum dominium quærendum esse per occupationem. Ex dictis jam facile responderi poterit ad quæstiones spinosas JCtorum*, (conf. Puf. cap. 6. §. 4. 5. 6. 7. 10. 11. 12. 13. & cap. 9. §. 8.) *de acquisitione ferarum bestiarum*, (quod non acquirantur nisi per occupationem, quod item potuerint occupari in fundo alterius) *ac amissione* (quod etiam speciatim occupatarum dominium amittatur, si in libertatem naturalem se receperint) *earundem, de acquisitione gemmarum in littore maris inventarum*, (quod pertineant ad privatos inventores,) *de jure principis hodierno in easdem utrum pro dominio*, (quod puto propter §. 147. sq. Dissentit tamen Pufend. Sed vide quæ notavi jam ad §. 148.) *sit habendum, & an subditi contra prohibitionem principis venantes, furtum* (& hoc ego affirmo,) *committant? de acquisitione item thesauri, utrum ad occupationem spectet?* (Eo refert Imperator in Instit. sed male. Pertinent enim magis ad accessionem.) *Et an eo referri debeat acquisitio missilium?*

His præsuppositis, respondeo, ea, quæ Jus Romanum disposuit de occupatione ferarum bestiarum, esse ex Jure civili. Cum enim populus ab initio territorium occupans, etiam sit dominus ferarum quamdiu accessoria manent, poterit is vel ejus nomine princeps distribuendo agros subditis, sibi feras & jus venandi reservare, vel earum dominium simul cedere subditis. Cesserant Romani, sed ne tamen occasio litibus detur, in quo agro fera capta esset, recte propter lites has tollendas Jus Romanum disposuit, ut tanquam res nullius, & quasi a rep. pro derelicto habitæ, deberent cedere occupanti.

Cum igitur neutra earum sententiarum vera videatur, ut pluribus *d. loco* demonstratum est; Videndum, ne non verius sit, medium inter utramque oppinionem dari. Existimo nihil obstare, quo minus Lex efficere posse dicatur, ut non modo princeps solus venandi jus habeat, sed, ut cives, quos venari contigerit, feram capientes, id ut ministri Principis facere censeantur, adeoque non sibi, sed principi dominium acquirant. Ita absurdum vitabimus, ne Lex jus gentium evertat, dominiumque feræ vagabundæ stabiliat; nec minus rationem dabimus, quare is, qui non est venatus, feram non faciat suam; plane cum neutra priorum interpretationum stare possit, nihil superesse videtur, quam ut in hac nostra mediaque sententia subsistamus, ut Lex faciat principem dominum, sed non nisi per occupationem. Enimvero Privilegio venandi non adfici dominium ferarum, sed hoc non nisi per occupationem acquiri, satis inde patet, quod Principes habent suum jus a populis, quibus venandi jus naturaliter competit, nec ideo plus habere possunt quam populus habuerat. Atqui nullus populus est dominus ferarum quoque tempore per suos fines vagantium, sed quamdiu captæ non sunt, manent generis humani communes. Quod autem sola prohibitio venandi facta singulis, & competens Principibus, non absolvat jus principum, inde probaveram, quia privati

vati feras fine venatione captas retinere non poffunt. *Pof. 20. ad I. b.* Ad hoc Thomafius.

SCHOLIUM.

Mallem hoc apertius dixiffet; Neque enim vim confequentiæ intelligo; neque quid per feras fine venatione captas innuat, neque ex Conftit. Carol. art. 196. *vel potius* 169. *(nam hunc autor præ oculis habuiffe videtur,) quicquam huc faciens excerpere valeo.*

RESPONSIO.

Confequentia, quæ tam obfcura Thomafio videtur, hæc eft; Cives tenentur ad feras etiam fortuito & fine venatione captas, in publicum deferendas, quod eft in d. Conft. Carolina, & apud Grot. 2. manuduct. jur. Holl. c. 4. num. 5. *Ergo fola venatio non eft probibita, ut Vinnius & Pufendorfius volunt; nam tunc feræ fine venatione captæ fierent capientium. Quippe fi nihil civibus quam venatio fit interdicta, quicquid fine venatione accidit, ad libertatem naturalem pertinet idque civibus eft reliquum. Eo pertinebat hoc argumentum, idque fatis, ni fallor, ita perfpicuum eft.*

N. ADDIT.

I. Non extat in Conftitutione Carolina, neque in artic. 196. *neque in* art. 169. *quod fubditi feras etiam fortuito & fine venatione captas in publicum deferre debeant. II.) Etfi extaret, uti thefin ipfam facile concedo, probaret quidem contra Pufendorffium & Vinnium, quod fubditis non fola venatio fit probibita, fed iftud non fuit in quæftione. Scholium enim meum adjectum erat eidem pofitioni, cui adjeceram fcholium præcedens, fcilicet verbis initialibus,* num. 7. *ubi per hanc rationem probare voluit Autor, quod Domini probibentes venationem, non habeant dominium in feras immediate, fed demum fiant domini per capturam fubditorum. Atqui illa ratio neutrum probat. Etiamfi enim principes fint domini immediate beftiarum etiam ante capturam, quod puto & afferui in rationibus modo adductis, tamen fubditi fortuito etiam capientes beftias, funt obligati, ut feras captas reftituant Dominis fuis. Ergo Scholium recte fe babet.*

8. Cæterum, amittitur Dominium feræ, ubi naturalem libertatem recuperaverit, aut fi manfuefactum fit animal, ubi confuetudinem redeundi amiferit, *§. 15. d. tit. Inft.* Hoc quoque Grotius *d. cap. 8. num. 3.* & Grœnewegius *ad d. §. 15.* carpunt, hodieque aliter fervari tradunt, credo de falconibus & accipitribus, fimilibusque multa arte doctis; in cæteris non puto rationem juris Romani ubique, nec apud nos fane improbari: fed hactenus jus commune fequendum, quod defendimus *d. cap. 27. Digreff. lib. 4.*

Ad occupationem quoque pertinet inventio thefauri, rerumque derelictarum; De thefauris egimus *ad Inft. num. 29.* De rebus naufragis & derelictis, *ibidem num. 27. & fequ.* Item ad *tit. ff. ad L. Rhod. de jact. num. 9.* ubi & de ufu moris hodierni, fed de rebus naufragis extat Decretum Ordinum Frifiæ, *d. 22. Febr. 1656.* in hanc fententiam.

Inventor rerum naufragarum, certiorem faciat Magiftratum loci, intra 24. horas, & hic intra alias 24. horas inventarium conficiat.

Res, quæ fervando fervari nequeunt, intra primam vel alteram hebdomadem, publice quam maximo pretio diftrahito.

Dominus intra annum res fuas repetens, Magiftratibus præmium det partem decimam rerum fervatarum, & urinatoribus tres nonas partes; reliquum fibi vindicet.

Anno elapfo Fifcus fuccedit; * fi quis fraudem fecerit, furti reus habetor.

9. De Acceffione cæterisque modis, qui juris gentium dicuntur, tam copiofe dictum eft *ad Inftit.* ut vix fpicilegium heic reliquum manferit indictorum. Species Acceffionis funt, Fœtura animalium, Alluvio, Avulfio, & infula in flumine nata. Fœturam animalium fequi naturaliter Dominum Genitricis, ratio fert juris Romani, *§. 19. I. b. t. §. pen. Inftit. de jur. Perfon.* Grotius tamen naturali juri negat convenire, ut partus dominium folummodo genitricis fequatur, *lib. 2. c. 5. §. 29. & cap. 8. n. 18.* rationesque duas profert, primam, quia tam animal genitor quam genitrix, fœtus curam ge-

* In Saxonia qui rem alienam invenit, tenetur proclamationem publicam procurare, qua facta, fi dominus, qui fub diverfa jurisdictione conftitutus eft, intra fex feptimanas compareat, inventori tertiam partem relinquere tenetur. Carpz. *Pr. Cr. qu 86. n. 6. 7.* fi nemo dominium probet, duæ reliquæ partes fifco cedunt, L.R. *l. 2. art. 29. 37.* Carpzov. *P. 2. C. 3. d. 15.* Qui vero proclamationem omifit, hoc lucro indignus eft, & arbitrarie coercetur. Carpz. *Pr. Cr. l. c. n. 9. fq. j.* Schœpffer. *Syn. Jurispr. tit. de acquir. rer. d. m. n. 22. fq.*

rit; alteram quod de utriusque substantia partus procreatur. De homine, an partus ancillæ servituti recte addicatur, nolo jam contendere; sed de bestiis videntur rationes Grotianæ parum efficaces. Nam cura pro fœtu in bruto animali, quid ad dominii consequentiam pertinet? & substantia, quam fœtui confert genitor, ad gignendi quidem vim principalis est; sed ad causam dominii, quod pecuniaria ratione constat, æstimandam exiguum habet momentum; massa corporis præcipua est a matre, cujus pars & accessio est, in cujus ventre altus & ex qua eductus est fœtus. Plane ut fit in fructibus agrorum; Qui sementem fecit, illorum non est dominus, sed cujus est ager, *§. 32. h. t.* Semen fructuum & semen animalium, ager & venter eodem modo se habent, *l. 5. §. 2. D. l. 7. de R. V.*

Accessionis argumento accedit, quod in bestiis sæpe non constet, quis sit pater, qua ratione sola Grotius dominium fœtus ex matre censendum putat. Atqui sunt loca, in quibus ad genituram equorum & boum certi genitores constituti sunt, quibus certa magnitudo præscribitur, ut apud Frisios Edicto *d. 31. Decembr. 1631.* ne gloria equorum Frisici nominis vilesceret, ut loquitur Lex. An aliud illic juris esset, ut fœtus sint genitorum? Apage rem absurdam.

10. Alluvio habet usum in mari & in fluminibus, tenditque ad privatos ditandos ex sententia juris Romani. Moribus hodiernis, plerique censent, Alluvionem & quicquid in flumine nascitur, esse principis, ut observant Grœnewegius, Voetius, aliique ad *§. 20. & seqq. Instit. h. t.* Idem apud nos obtinere, possit aliquis in animum inducere. Constat enim, Duces Saxoniæ, cum jura Principis in Frisia exercerent, alluviones Biltanas, quæ nunc faciunt ingens territorium, cujus præfecturam gerit Vir nobilissimus Guilielmus ac HAIREN, magnum Patriæ suæ ornamentum, sibi vindicasse: tametsi jus Saxonicum a jure civili hac parte alioquin non discrepet, *lib. 2. jur. Sax. art. 56.* (Thomas.) Scimus etiam, Ordines Frisiæ aliquando decrevisse, quo prata, quæ sunt in ostio fluminis Ee, juxta ejusdem nominis pagum, venderent, supponentes ea quasi proprietate publica esse, pari jure, quo fere apud omnes populos id observari testantur Auctores laudati. Verum eo, quod id factum non est, & quod illa prata & quæcunque sunt alluviones in littoribus nostris, a privatis jure dominii possidentur, & libere alienantur, dicendum est potius, in alluvionis doctrina nihil nos habere separatum a rationibus Romanis. Verum tamen est, Ordines sæpe disposuisse de ejusmodi agris in gratiam non vicinorum, hac lege, ut aggeribus adversus maris incursum muniantur: At hoc alio jure niti videtur quam jure Dominii, de quo heic agimus. Nam si Respublica judicet faciendum, ut nova Incrementa terrarum, aggeribus muniantur, existimo, jure Dominii Eminentis id imperari posse; Recusantes etiam possessores Dominio quæsito privari posse, volentes autem aliis præferendos, nullis eorum exclusis, ut de lacubus siccatis Curia censuit apud Sandium *d. lib. 5. 2. 2.* Atque eo modo non ita pridem usu venit circa alluviones Biltanum novas: quæ sub hac lege, muniendi agros aggeribus, aliis quam vicinis concessæ fuerant. Sed cum hoc privilegium apud Curiam actis esset insinuandum, vocatis his quorum interesse poterat, vicini sese opposuerunt, eo cum effectu, ut privilegium in irritum cesserit. De alluvionibus fluminum & lacuum, quos habemus perpetuos & vastos, hac *parte* idem juris esse crediderim; non obstante, quod in lacubus & in stagnis jus alluvionis cessare, juris Auctores volunt, *l. 12. in pr. de A. R. D.* Hoc enim de lacubus hyberno tempore stagnantibus, & æstivo crescentibus accipiendum videtur; scilicet, ubi sunt incrementa non stabilia, sed modo crescunt, modo evanescunt, ut indicat textus in *d. l. 12.* In quibus nec apud nos secus obtinuerit, ut ego quidem existimaverim. Nam lacus nostri sunt iidem, quos Germanicus cum classe sua transivit, cum a ripa Rheni ad Amasin contenderet, quos Tacitus *immensos* vocat *lib. I. Annal.* In his non potest hac parte ratio esse diversa, quam est in fluminibus ipsoque mari, nec aliter Curia nostra sensisse videtur, apud Sandium *d. lib. 5. tit. 2. def. 2.* de quo exemplo mox paulo pressius agendum.

11. Avulsionis exempla perquam rara sunt, ex antiqua potius historia quam recenti memoria repetenda. Nostri agri interiora violentissimæ avulsionis vestigia præ se ferunt: quatenus in profundo terrarum adhuc sylvæ reperiuntur, arbores integræ, salvis etiam frondibus & glandibus: quibus terræ aliunde avulsæ quondam incubuerunt. Insulæ quoque littori nostro prætextæ vetustissimis temporibus sine dubio continenti adhæserunt, quam montibus & tumulis arenosis, qui in illis extant, olim tuebantur, ut in vicina Hollandia & ubicunque maritimæ regiones sunt integræ, divina bonitate prospectum videmus.

mus. Si quod denuo Avulsionis experimentum detur, nihil est quod a Jure Romano nos discedere juberet. Idem de insulis in flumine natis, esto judicium.

12. Nec secus de Alvei mutatione, si quando eveniat; Huc autem referendum videtur exemplum rei judicatæ, & usus nostri, quod est apud Sandium *d. lib. 5. 2. 2.* Impetraverat aliquis ab Ordinibus lacum publicum suis sumptibus exhauriendum, & dein suis fundis proprietate jungendum. Opposuere se Interinationi, quam vocant, vicini reliqui ad idem beneficium admitti contendentes; quod iis a Curia permissum, ex hac ratione, quod lacus publici, ut fluminis publici, fundus sive alveus non est Principis, aut juris Fiscalis, sed ad eos pertineat, qui agros habent proximos, ex auctoritate juris Civilis, idque jus non est, quando flumen adhuc undat, futurum, sed etiam præsens, ut ex Donello *lib. 4. comment. c. 24.* Sandius demonstrat. Proinde sic juris est, ubi nihil Statutis aut moribus invaluit contra; Lacus sponte siccatos, pro parte vel totos ad omnes vicinos pariter aut ultro pertinere, quos auctoritate privata liceat illis occupare, Jus autem illos exsiccandi derivationibus aut hydromylis, ad eosdem vicinos pariter spectare, nec ab uno reliquis, ne quidem rescripto Principis, videri præripiendum, ut *Decisione* prædicta & *antecedenti* Sandius e sententia Curiæ nostræ disputat ac concludit.

13. Supererat species Accessionis, quæ frequentis magnique usus est apud nos, de jure superficierum Rusticarum: Sed & de his occupavimus ad *tit. D. de locat. Cond.* ubi de *Ædificiis Colonorum.* Porro de Specificatione, Commixtione, Confusione, nihil habemus addendum iis, quæ ad *Inst.* his de rebus dicta sunt copiose. De perceptione fructuum superius, actum est, apud eundem *tit. Inst. ad Tit. ff. de Rei Vindic. de Heredit. petitione atque de Usuris.*

14. Ultimus modus est Traditio, de qua similiter actum quod satis est abundeque, *ad d. tit. Inst. p. 119.* placet addere paucula. Dissensus in causis tradendi, quarum utra vis sufficit dominio transferendo, non impedit dominii translationem, *l. 36. h. t.* siquidem dissensus ex simplici errore sit ortus, non si cum contradictione conjunctus, ut accipi potest *l. 18. de Reb. cred.* ita Duar. ad *tit. de Reb. cred. c. 2.* Alii statuunt ἀντινομίαν. D. Wissenb. *ad h. t. th. 26.* Dix. *part. 2. Digress. l. 2. c. 6.* Paulo aliter Thomasius *ad posit. 26. h.*

SCHOLIUM.

In d. l. 18 principio quidem Ulpianus a Juliano dissentire videtur, quamvis iste dissensus sit mere subtilis. Quid enim interest, an cum Juliano dicas, proprietatem transire, si pecuniam, quam tibi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias? an cum Ulpiano: non transire, sed dari mihi condictionem, exceptione tamen doli mali elidendam? Quod v. §. 1. d. l. 18. *attinet, ille nihil discrepantis* ad l. 36. *disponit: Nam distinguendum est, utrum causarum tradendi utraque sit ad transferendum dominium habilis, an una saltem &c.*

15. Quo brevi manu transeat dominium, summo jure requiritur, ut is, qui tradidisse fingitur, vere sit dominus, *l. 34. Mand.* Excipe, si jussero te pecuniam accipere a debitore meo, quæ credita fiat, *l. 15. de reb. cred.* consequenter, si tu mihi debeas pecuniam, eamque te ut creditam retinere jussero, Dominium transfertur, *d. l. 15.* At hanc consequentiam negat Africanus, *d. l. 34.* Ratio, quia in his, quæ ob usum commercii specialiter recepta sunt, non admittitur consequentia, sed lex requiritur. Aliud enim est jus conditum interpretari, aliud suadere quid recipiendum sit; hoc agit Ulp., alterum Africanus; adeoque non est recusandum, quin sit ἀντινομία. Quæ est etiam sententia Thomasii in scholio ad *posit. 28. h. t.*

16. Moribus hodiernis Dominia rerum immobilium non transferuntur, nisi prævia mancipatione judiciali. Quod jus tempore Caroli V. commune per Belgicas Provincias factum esse, narrat Grotius in *lib. 2. Introduct. cap. 5. n. 17.* idemque jure Saxonico receptum testatur Thomasius *ad posit. pen. h. t.* Nostro jure Frisico, requiritur equidem ad plenam securamque possessionem rei traditæ, consensus Magistratus & judicialis intra annum, *lib. 1. Stat. tit. 1.* Verum Dominii translatio inde non suspenditur, nec actus retro nullus redditur; Sed res tradita cadit in Commissum: Res amittitur. Qui non impetravit consensum; *die sal dat goedt verliesen*, ait lex, nisi quinquennium a traditione sit elapsum, *d. tit. art. 1. & 5.* Hoc arguit, dominium fuisse translatum. Dix. *Jurispr. Hod. lib. 2. cap. 9. n. 16. & seqq.*

Tit. II.

De Acquirenda Possessione.

I. Remissiones. II. Quot modis Possessio dicatur. An Possessio vel jus ejus, sit jus in Re. III. An Sequester possideat. IV. Differentia quædam possessionis Naturalis & Civilis. V. Non requiri ad possessionem Decretum, nec tamen inde sequi, Possessionem ipso jure ad heredem transire. VI. De Amittenda retinendaque Possessione. VII. Regulæ tres de Possessione. VIII. De Constituto Possessorio.

HUic etiam Rubricæ maxima parte satisfactum est, *ad Inst. tit. de A. R. D. pag. 124. & seqq.* nisi placeat heic addere, quot modis possessio accipiatur. I. Scilicet pro detentione qualibet, saltem quæ habet restituendi facultatem, *l. 9 in fin. de R. V.* II. Pro detentione cum animo sibi aut alii rem habendi, ut probavimus *ad tit. de A. R D. pag. 124.* III. Pro detentione cum animo sibimet habendi tantum, quo sensu, qui aliis possident, dicuntur non *possidere*, sed esse in possessione, *§. 5. l. de Interd.* IV. Pro detentione, cum opinione dominii, *l. 25. de Usucap. §. 4. Inst. Per quas person. cuique acquir.* V. Pro detentione custodiæ causa, quemadmodum ubi missio in *possessionem* fieri dicitur, *l. 3. §. ult. h. t.* VI. Pro hereditate Prætoria, quo tamen sensu vocem, bonorum, juxta se requirit, & vocatur Bonorum Possessio, *tit. I. & Pand. de Bonorum Possessionibus.* VII. Pro ipsa re possessa immobili, *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

2. Porro quæ ad Definitionem divisionemque possessionis pertinent, collocavimus *d. pag. 124.* Ad titulum *de interdictis*, ventilata est Quæstio, sitne Possessio tale jus, quod in *Re* Constitutum dici queat, *n. 2. n. 7. & n. 10.* quæ est hodiernæ scholæ, non veterum Juris auctorum Quæstio; cum his plane fuerit incognitum Jus in re & ad rem, ut hodie usurpatur, quod est ex Jure Canonico, sicut probavimus *in lib. 4. Digr. c. 4. & Animadvers. ad jus in Re & ad Rem c. 6.* Ne quis putet, Veteribus JCtis tam certum fuisse, Jus possessionis esse jus in Re, ut ea super re ne quidem dubitaverint. Ignoti nulla dubitatio, ut opinor.

3. Cæterum, possessionem late sumptam, convenire etiam creditoribus, usufructuariis, colonis, commodatariis, probatum est *ad d tit. Inst. de A. R. D.* Adde, etiam Sequestro, *l. 17. §. 1. Depositi.* Sed cum hic sit absque animo sibi habendi, multo magis absque opinione Dominii, non est ea possessio talis, quæ ad usucapionem prosit sequestro, cujus respectu id nullo modo agitur: Sed victori interim ejus rei possessio prodest ad eventum usucapionis, nisi aperte aliud inter partes convenerit, *l. 39. h. t.* Imo id semper atque tacite actum intelligitur, ut neutrius partis possessioni id tempus, quo sequester possedit, procedat, *d. l 17. §. 1. Depositi.* quem difficilem nodum nulla ratione, sed manu sola explicari posse, volunt Actores, ut refert D. Wissenbachius in *tb. 26. h. t.* Tu vide, numquid hujusmodi explicatio satisfaciat; Dum res sequestratur, neutra pars possidet; hoc enim agitur, ut dum partes litigant ac ambigunt, uter rem possideat, neuter eam teneat, sed tantisper a tertio possideatur, donec lite decisa, pateat utrius sit jus, *d. l. 17.* Huc respexit illud *Interim*, quo sequester possedit, & quod victoris sive ejus, qui jus haberet, causa creatum est, cui etiam prodesse debet atque prodest, nisi contra diserte convenerit, *d. l. 39.* Ita facile, ni fallor, evitantur violenta remedia Freheri, Bachovii & aliorum, quæ Wissenbachius commemorat *d. loco*, & sequester erit minister ejus, quem res judicata monstrabit habere jus possessionis.

4. Ad intellectum divisionis in Civilem & Naturalem possessionem, pertinet hæc positio.

Possessio Civilis in jure, naturalis in corpore consistere dicitur, *l. 10. C. de Acq. poss.* ut tamen quæ juris est, etiam in corpore consistat, & hæc insit illi, velut usus in usufr. *l. 14. §. 1. de Usu.*

SCHOLIUM.

Hoc distinctius mallem posuisset. Nam communiter possessio civilis, quæ in jure consistit, explicatur de ea, qua v. g. peregre absens possidet ædes, quas reliquit vacuas, & naturalis in corpore consistens, de ea, qua possideo ædes, in quibus habito. Quo supposito, magis dicendum videbatur, possessionem juris inesse possessioni corporis [h. e. possessioni ejus, qui inhabitat ædes, jura possessionis competere,] quam possessionem corporis inesse possessioni juris, aut possessionem juris consistere in corpore.

RESPONSIO.

Distincte satis exposita sunt ad d. tit. I. de A. R. D. pag. 124. *Thomasio hac breviter dicta, videntur*

tur obscura, quia fingit sibi possessionem civilem sine detentione. Consideranda est possessio, sicut est originaliter & dum acquiritur, quando nunquam est absque detentione, civilis nihilo magis quam naturalis. Retinetur equidem possessio sine detentione, at hoc non est proprium possessionis civilis. Etiam naturalis possessio potest esse domus, in qua non habitat Possessor; sicut is, cui domus est pignorata, vel a quo bona fide possidetur, manet ac est possessor, etiam quando rebus incumbit. Tu vide si prædictum locum.

N. ADDIT.

Quod mihi non fingam significationem possessionis naturalis & civilis, patet ex omnibus fere commentatoribus ad h. t. *Saltem unicum Struvii locum adducamus* Exerc. 42 th. 5. *Dividitur, inquit, possessio in naturalem & civilem, quæ divisio vel accipitur de modo possidendi seu detinendi; & civilis dicitur, quando animo possidemus, seu retinemus possessionem; naturalis vero, quando corpore & facto aliquo possessionem apprehendimus, vel ei insistimus*, l. 3. §. 13. §. 3. l. 1. §. 1. h. l. 10. C. eod. l. 1. §. 24. de vi & vi arm. *quæ etiam corporalis possessio appellatur* l. 25. §. 2. h. *Vel de ipsa forma possessionis: cum namque affectus rem, quam quis tenet, sibi habendi, vel innitatur animo aut opinione se dominum esse, vel isti non innitatur, sed licet quis sciat credatve se dominum non esse, tamen affectu quodam sibi habendi rem detinet: Ideo duæ Species possessionis inde veniunt: quarum altera naturalis, altera civilis appellatur, quia licet utraque naturalem detentionem, & utraque affectionem habendi desideret* l. 3. §. 1. l. 8. h. *tamen illa magis in naturali detentione consistit, specialis vero affectus ac opinio domini, quæ in hac subest, magis in jure consistit, & titulos jure civili probatos & dominii translativos requirit*, l. 3. §. 21. h. l. 2. pro suo. *unde & in* l. 10. C. h. *dicitur*, possessionis duplicem esse rationem, aliam quæ jure consistit, *nimirum civilis*, aliam quæ corpore, *scilicet naturalis. Perez* in C. h. n. 2. 3. *Hactenus Struvius. Etsi vero jam non negem, aliam esse etiam significationem possessionis naturalis & civilis, quam eam, ad quam in scholio respexi, nempe illam, quam secundo loco proponit Struvius, & de qua expresse* d. l. 10. C. h. t. *ad quam Autor etiam provocat, tamen nec de hac procedit assertio Auctoris, quod possessio Juris comprehendat possessionem corporis. Nam ut vides, possessio juris illa, de qua* d. l. 10. C. *est possessio justa, bonæ fidei, justo titulo subnixa; naturalis, possessio injusta, malæ fidei, nullo subnixa titulo. Ad harum neutra species alteram continet, quia sunt species plane opposita & contradictoria.*

Hinc quia possessio utraque corporalis est, tam animo, quam corpore, ad utramque opus est acquirendam, *l. 3. §. 1. & l. 8. h. t.*

SCHOLIUM.

Quamvis negaverimus ad n. 2. *possessionem civilem in corpore consistere, non negamus tamen, ad Civilem acquirendam & corpore & animo esse opus. Est quippe differentia inter possessionem civilem & naturalem, desumpta non a modo acquirendi, sed a modis retinendi.*

RESPONSIO.

Quis est auctor Thomasio, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu acquisitionis esse spectandam? Ego cujusque rei naturam in primo statu acquisitionis maxime spectandam censeo, Is enim genuinus & naturalis adspectus est; quod & in possessione locum habet, inprimis quia facti est, omne autem factum est corporale, eoque pertinet, quod rem oporteat esse corporalem, quæ possideatur, l. 3. in pr. h. t. *Hæc autem conveniunt acquisitioni, non retentioni, quæ animo contenta est. Quod si corporalis actus ad naturam possessionis civilis non pertineret, nihil causæ apparet, cur sine corporis actu possessio non posset acquiri.*

N. ADDIT.

Hic nihil opus est, quam ut provocem ad omnia fere juris systemata, quæ ostendunt, divisionem quandam possessionis, in naturalem & civilem, a modo retinendi esse desumtam, uti jam in additione præcedenti ex Struvio est ostensum. Aliud vero est dicere, differentiam possessionis in naturalem & civilem, esse desumtam non a modo acquirendi, sed a modo retinendi; aliud, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu acquisitionis esse spectandam. Posterius mihi in Scholio imputat Autor, quod nunquam dixeram, unde quæ sequuntur in responsione, ad me non pertinent.

Adeo ut nec heres possideat id, quod defunctus possedit, nisi denuo rem apprehenderit, *l. 23. in pr. h. t.* quamquam id in plerisque foris Europæ aliter interpretantur, per dictum celebre Gallicum, *le mort saisit le vif:* * mortuus apprehendit

* De hac Francici Juris Regula, præter JCtorum Tiraquellum haud pœnitebit contulisse Schilterum *Exercitat. ad D. XV. §. 13. & Exerc. XXX. §. 105.*

vivum; id est, possessio mortui continuatur in heredem. Frisii tamen & hic sunt veteres Justinianæi. *Etiam nos Saxones*, addit Thomasius; Porro, quia corpore acquiritur possessio, sequitur, inficiatione rei depositæ vel commodatæ, non animi possessionem, sed re demum loco mota, *l. 3. §. 18. h.* & sic capienda *l. 47. h.*

SCHOLIUM.

Non admittit hanc explicationem l. 2. §. 47. de O. J. *ex qua constat, Nervam filium, cujus sententia refertur in* d. l. 47. *adhæsisse Labeoni; Sabinum contra & Cassium, qui defenderunt assertionem* d. l. 3. §. 18, *fuisse Capitonis asseclas, quibus adeo non probabile est inter se convenisse, quamvis horum sententia & verior & principiis Justiniani, quæ in Institutionibus posuit, sit convenientior. Interim obiter inde nota: Paulum, cujus est* d. l. 3. *etiam a præceptore suo Papiniano, ad quem spectat* d. l. 47. *dissentire non dubitasse.*

RESPONSIO.

Statuit igitur, hanc esse antinomiam Thomasius. Nec ego valde recusem, veteres ipsos hac in re discrepasse, sed mihi non videtur absurda res vel indigna Juris auctoritate, sic in animum inducere. Cum Justinianus ubique loquatur, nec JCtorum amplius nomina ut auctorum considerentur; Cæsarem in l. 47. *loquentem, ita accipiendum videri, ut locus exprimens consilium non reddendi rem depositam vel commodatam, ad locum alium, qui superaddit contrectationem, referatur, & ex eo declaretur.*

N. ADDIT.

Sed istud effugium hic non proderit Autori quicquam, quo suam conciliationem salvet. Nam expresse Papinianus in d. l. 47. *recensens sententiam Nervæ, loquitur de casu, ubi adhuc nemo invasit res commodatas vel depositas, i. e. ubi nulla earum rerum contrectatio facta est.*

Quamvis autem rei contrectatio requiratur, haud tamen necesse est, omnes rei partes contrectari, sed ex fundo v. c. sufficit unam glebam, *l. 3. §. 1. h.* Quin & oculis acquiritur possessio, *l. 1. §. 21.* etiam ex turri, *l. 18. §. 1.*

Universitas tamen rerum non videtur unius rei apprehensione possideri; quanquam fideicommissarius heres una re accepta, a fiduciario totam hereditatem recepisse videtur, *l. 37. ad SC. Treb.* hoc enim ad actiones transferendas, non ad possessionem acquisitam pertinet, *d. l. 37. in f. pr.* junct. *l. 23. in pr. h. t.* Adde Wissenbach. *th. 13. h.* Struv. *th. 16. h. t.*

Denique, fundo possesso, thesaurus latens, nisi peculiariter apprehensus, non possidetur, *l. 3. §. 3. h.* D. Wissenb. *ad h. tit. th. 11.*

Hinc rei incertæ, quæ apprehendi nequit, possessio non est, *l. 3. §. 2. h. t.* velut, si hac mente fit, ut quicquid Titius habet, possidere velis; sed rei pro indiviso communis, datur & vindicatio & possessio, *l. 76. §. 1. de Rei Vind.* junct. *l. 9. l. 38. eod.*

Quilibet absens per procuratorem recte acquirit possessionem, si & ipsi hoc animo sint, ut nobis acquirant; nam si tradatur illis, ut nobis acquiratur, illi vero præ se ferant, se sibi acquirere, nihil ad nos transit, *l. 1. §. 20. h.* quod secus est, si animum tacite ita inducant, *l. 13. de Don.* quæ sic non obstat. Aliter alii.

5. Acquiri possessionem diximus animo simul & corpore; qua de re mendum sedit incorrectum in prima parte ad *Inst. pag. 455.* ubi commodum remissio facta est ad hunc locum. Sed præter actum corporis & animi nihil aliud, non utique decretum judicis, requiritur, ne quidem in Hereditate adeunda, *l. 23. in pr. de Acquir. Poss.* licet ex jure Prætorio, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* qua de re Fachinæus *lib. 5. controv. c. 74.* quod etiam Statutis Frisiæ insertum est *lib. 1. tit. 17. art. 16.* Unde quod aliqui e nostratibus collegerunt, heic etiam obtinere prædictam Gallicæ praxeos sententiam, *mortuus in possessionem mittit vivum*, vitiose factum est; cum idem jure civili obtineat, ubi tamen apprehensio necessaria est. Contrarium potius ex eodem Statuti articulo colligitur, verbis; *Heredes impune occupant & ingrediuntur in possessionem bonorum, in quæ successerunt, nulla expectanda missione in possessionem eorum bonorum.* quæ nihil, quam quod jus civile dictat, præ se ferunt. Scil. Heredem, tam suum quam extraneum, sola apprehensione, nec sine ea, possessione potiri. Cæterum, de usu sententiæ illius Gallicanæ, receptæ vel non receptæ, *inferius* occasio dabitur, & videri potest Tiraquellus *tom. 4. tract. 2. Le mort saisit le vif.*

6. Possessio corpore animoque semel acquisita tantisper retinetur, donec animus eam retinendi manet. Placuit enim solo animo retineri possessionem, animoque solo amitti. Nam etsi in fundo sis & nolis eum possidere, protinus amittis possessionem, *l. 3. §. 6. h.* quemadmodum si quis animum possidendi servet, ipsam retinet possessionem, non modo si quis ejus nomine sit in possessione, veluti colonus, inquilinus, commodatarius, sed etsi neminem in possessione reliquerit,

querit, tamen si non relinquendæ Possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, ut in saltibus hibernis æstivisque fieri, monet Paulus in *l.3.§.11.b.t.* retinet possessionem, *§.5. I. de Interd.* Sed animum possidendi habere, non est ita in animum inducere, ut quis fingat se possidere, sed ut solide civiliterque velit ac putet se possidere; quamvis etiam ab alio sit occupata possessio, idque vetus possessor ignoret; tamen retinet possessionem, etsi alter quoque possideat, sicut de eo, cui dum ad nundinas profectus erat, alius ipso ignaro intervertit possessionem, Ulpianus scribit in *l.6.§.ult.b.t.* Interest tamen aliquid, in jure possessionem retinendi, utrum quis per se, an per alium nomine suo possideat. Nam is, qui per se possidet, possessionem retinet, quamdiu nescit alium occupasse rem suam absentis. Qui vero per alium possidet, si minister ille discedat, aliusque possessionem ingressus sit, etsi dominus possessionis id ignoret, amisit tamen possessionem, *l.44.§.ult.* & *l.46.b.t.* Quod si possessio ab alio non sit occupata, sed a ministro tamen derelicta cum animo non redeundi, possessio non amittitur. Fuit hæc vetus Quæstio, de qua sectarum Principes non idem senserunt, ut videre licet ex *l.31.* & *l.40.§.1.de Dolo malo.l.3.§.8.verf. Quod si servus.b.t.* Sed Justinianus hanc Quæstionem decidit: immo latius constituit, Factum servi, coloni, aut alterius cujuslibet, qui possessionem *dereliquit aut alii prodiderit, ut alius eadem possessione potiatur, nihil penitus domino præjudicii generare*, modo per hunc nullo modo steterit, *l.ult.C.b.t.* Vult Imperator, possessionem non amitti per factum aliorum, sub quo nulla causa videtur, quare non traditio a Colono in tertium facta comprehendi debeat; Nec enim hoc etiam non est prodere, si meus colonus fundum meum alii tradat, etsi quibusdam visum sit, traditionem sub proditione non intelligi; quos secuta est aliquando Curia nostra, sequiturque Wissenbachius ad *b.t.tb.21.* Rectius ex adverso disputat Saudius *lib.5.tit.4.defin.2.* Porro ex prædictis, quomodo amittatur Possessio, intelligimus, animo quoque solo, etsi plerumque tam animo quam corpore ad amittendam possessionem concurri soleat, *l.8.b.* juncta *l.135.de R.J.* quorum locorum collatio demonstrat, in *l.8.* particulam *fere* desiderari, ut post alios Wissenbachius noster ad *b.t.tb.ult.*

7. Porro discrimen inter dominium & possessionem traditur, quod dominium non nisi ex una causa, possessio ex pluribus contingere possit, *l.3.§.4.b.§.10.Inst.de Legat.*

Nemo tamen sibi causam vel genus possessionis mutare potest, nisi priori possessione dimissa, *l.3.§.19.l.19.§.1.b.t.*

Proinde potest aliquis possessioni incumbens constituere, sese alieno nomine possidere, quod fit omni die in venditionibus & hypothecis per clausulam Constituti, *l.18.* & *l.28.b.t.l.35.verf. sed si.de Donat.*

DE CONSTITUTO POSSESSORIO. Ista hæc ultima regula majoris est usus, ut ad *Tit. de contrab.empt.* atque in materia pignorum, antehac habuimus. Intellectum juris, & usum hujus Constituti forensem, executus est Tiraquellus *in tom.4.tract.3.qui est de Constituto possessorio.* Expediet, usum ejus aliquot petitis e medio, seu commemoratis antea sive indictis exemplis, illustrari. Summa vis Constituti est, quod transfert Possessionem in eum, cujus nomine quis se possidere constituit, idque sine traditione, sola declaratione voluntatis: Quod meo, inquam, nomine possideo, possum alieno nomine possidere: Nec obstat, quod causam possessionis ipse mutare mihi videor, sola scilicet animi inductione, quam ipse mecum facio: Potius enim hæc res ita administratur, ut ego definam possidere, quod sola animi declaratione fieri posse, *supra* demonstratum, aliumque meo nomine possessorem facio. Tu dices, res manet in eodem statu, possidet qui prius possederat, nec ulla fit translatio. Imo non possidet, qui prius possederat. Nunc enim est minister alienæ possessionis, antea ipse possederat. Nec enim possidet, qui pro alio tenet, comparate ad eum, cujus nomine possidet, hic enim solus intelligitur possidere, *l.18.in pr.b.t.* cujus textus est illa paraphrasis. Hoc modo qui rem suam alteri donat, retento fructu, videtur eam tradere, & donatarius eam rem per veterem dominum, ut fructuarium, possidet, *l.28.* & *l.35.§.5.C. de Donation.* Similiter qui fundum donavit, eundemque sine traditione conduxit a donatario, possessionem in hunc transtulisse videtur, *l.77.de R.J.* Qui vendit rem, eamque rursus ab emptore conduxit, æque possessionem transtulisse videtur, *l.32.§.1.b.t.* Emptor re tradita constituere solet, se nomine venditoris possidere, donec pretium totum solutum fuerit: Cujus rei hic effectus est, in priori quidem specie, ut emptor rem, licet non traditam, a quolibet possessore vindicare possit; atque in posteriore casu, res a Creditori-

ditoribus emptoris distrahi non potest, quia venditori jus possessionis, Constituto ei quæsitum adimere non possunt. Animadvertendum est autem, quo jure possideat venditor rem a se venditam sub clausula Constituti: vulgo existimantes vidi, frequenter *jure dominii*, quod Clausula constituti reservatum arbitrentur. Sed male. Nam traditio ex causa venditionis, dominium naturaliter transfert, & quia Constitutum de possessione tantum loquitur, non potest hoc omnem abolere venditionis naturam. Est igitur hypothecæ, quæ venditionis instrumentis adjicitur, accessio hæc clausula Constituti; quemadmodum omni hypothecarum generi frequenter adjicitur; eæque sunt pignorationes medii generis, inter Pignora stricte sumta & hypothecas; ut detentio maneat penes debitorem, possessio civilis apud creditorem, cui applicantur Interdicta, cum jure tralatitio possessionis, ne res ei sine judicio & sine demonstratione juris potioris, eripiatur.

Quid vero, si is, qui constituerit, se pro alio possidere, possessionem realiter in alium transtulerit, an is, cujus nomine constituit, posteriori non præferetur in possessorio? Negat Tiraquellus *d. tract. part. 1. n. 28.* Nam confestim, ait, quam is, qui constituit, se possidere nomine Titii, rem alteri vere tradit, is privat Titium ea possessione, *per l. Colonus. de Vi & vi arm. l. 3. §. In amittenda. vers. quod si serv. & l. Peregre. §. quib. de Acquir. Poss.* Per quos tamen textus nihil aliud probatur, quam quod antea dictum est, jure veteri, per ministros possessionis nostræ, eam in alium transferri posse. At cum hoc mutatum sit *per l. ult. C. h. t.* nulla est ratio, quare nec is, qui jus Constituti habet, eodem jure gaudeat. Idque ipse Tiraquellus satis indicat *n. 54.* ubi docet, si debitor constituerit, se bona sua possidere pro Creditore, & quædam ex iis deinceps alteri vendiderit & tradiderit, posse creditorem, nulla bonorum debitoris discussione facta, tanquam sua possessione privatum, recta contra hunc tertium agere ad revocandam possessionem suam, quam ex ejusmodi Constituto obtinebat, per condictionem ex *l. ult. C. de Acquir. poss.* idque prolixe confirmat, etsi nec qui dissentiant desint, ut docet *n. 56. & seqq.* Adeo ut dentur ei quoque remedia tam retinendæ quam recuperandæ possessionis, per *d. l. ult. d. tract. part. 2. ampl. 13.*

Sed quod idem *ampliat. 8.* per hujusmodi Constitutum in contractu appositum, transferri docet dominium, per consequentiam Possessionis, nullo modo admittendum est, neque id ex ullo textu, vel ratione juris probatur, nec adeo in Foro servatur; nisi forte loquatur de Constituto precarii, quo quis fatetur, se rem ab aliquo habere precario; Tunc enim supponi dominium, res & natura Precarii declarat.

Facilius impetret consensum, quod habet in *ampliatione 23*, posse Constitutum etiam in Testamento formari, ut nihil sit, quam declaratio Testatoris, in securitatem Creditoris, *arg. l. 26. de Pignor. act.* scilicet hoc modo, ait Tiraquellus, ut declaret, se jam ex eo tempore, quo testatur, possidere nomine alterius, secus si constituerit, se possessurum post mortem suam; tunc enim id Constitutum omnino esset inutile, invalidum & inefficax, ait *n. 6.* Quod equidem est verum, si constituat, se possidere post mortem suam, quod absurdum foret: Nos intelligimus, eum constituere posse in hunc sensum; ut heredes sui, nomine Creditoris alicujus, certas res ipsi pignoratas possideant: quod effectum habere non potest, nisi post obitum Testatoris, quia prius nihil de testamento valet. Imo Tiraquelli sensu vix est, ut Constitutum in Testamento valere queat. Nam Testatoris declaratio non nisi post mortem effectum habere, neque tum is possidere potest. Ut autem ab eo tempore, quo testamentum est factum, Creditor retro possedisse dicatur, alienum est a natura testamenti, quod non potest operari ante obitum testatoris, *μήποτε γὰρ ἰσχύει ὅτε ζῇ ὁ διαθέμενος. ἐπὶ νεκροῖς βεβαία διαθήκη. Testamentum morte fit validum; Quamdiu vivit Testator, nihil adhuc valet.* Potest enim revocari, nec viventis ulla est hereditas, aut ultima dispositio, *l. 1. de Hered. vend. l. 4. de Adim. leg.* Illud ex prædictis satis liquet, Constitutum non valere per se, verum semper alii accedere contractui, negotiove efficaci & valido, ut multis idem probat Tiraquellus *limit. 6. & 7.* quomodo & in usu nostro vix alius Constituti usus, quam in Clausulis Instrumentorum exercetur.

Qua occasione vellem Tabelliones sibi persuaderi paterentur, ut non modo hæc latina verba, *sub Clausula constituti*, quæ nec contrahentes, nec ipsi plerumque intelligunt, sed ipsam Constituti sententiam, id est, declarationem quid quis alieno nomine possideat, insererent instrumentis: ut ne fieret, quo multi per ignorantiam hujus clausulæ damnis adficerentur. Monet hoc etiam

Tiraquellus, qui non aliter valere docet Constitutum, quam si explicite contractibus apponatur, ita ut a partibus expresse conventum est. *limit. 31.* quod haud de nihilo quis contenderit, si Latinis hujusmodi verbis impositum sibi, conquestus fuerit.

Tit. III.

De Usurpationibus & Usucapionibus.

I. Usurpatio quid re & verbo. II. De Usucapione remiss. & *usu. III. Jus hypothecæ post dominium per eam mutatum, posse manere salvum. IV. An per litis contestationem interrumpatur.*

PRima pars Rubricæ de Usurpationibus, ut apparet, agere promittit. Est autem Usurpatio nihil heic aliud quam Usucapionis interruptio, *l. 2. h. t.* Cur autem primo loco de hac agitur, cum usucapio, cujus illa est accidens, præcipua & primi loci esse deberet? Dic, quia non est usucapio, nisi perfecta; perfectionem autem ejus impedit ac prævenit usurpatio, quam idcirco prius oportuit expositam; sed usurpatio nihil in sese aliud est quam retentio vel acquisitio per usum; Sic usurpare servitutem, *l. 6. §. 1. l. 8. in fin. Quemadm. servit. amitt.* Usurpata lex, id est observata, *l. 2. § 1. de Administr. rer. ad civit. pertin.* Sæpe tamen in deteriorem partem pro usu illegitimo accipitur, Sic, usurpatum, tametsi nullo jure, *l. 13. §. ult. de Injur.* usurpare collegium illicitum *l. 2. de Colleg.* usurpare dominium totius, cujus pars ad aliquem pertinet, *l 5. C. de Ædif. priv.* Usurpare immunitatem, *l. 9. §. ult.* Et hinc notissimo usu, Usurpatio pro usu injusto, & usurpatores regnorum, qui alias Tyranni titulo. Unde igitur, quod *Usurpatio* significat interruptionem usucapionis, quæ res juris effectum habet? videtur hæc esse ratio. Quamdiu Usucapio non est impleta, revera nihil est quam usurpatio, sive usus simplex nullo jure præditus. Quando igitur alius ante Usucapionem occupat usum rei, is eam rem usurpat, nullo quidem jure; sed quia Usucapio primi possessoris abrumpitur, idque per Usurpationem tertii, factum est ut Usurpatio illa videretur usucapionis interruptio; quæ revera per non usum possessoris committebatur. Atque hinc ea vox in hujusmodi sensum fluxit.

2. Tandem igitur Usurpatio impleta, secundum leges vocatur *Usucapio*, cujus definitionem omniaque requisita, ad *Instit. h. t.* declarata vidimus. Sed Usucapiones & longi temporis Præscriptiones, Belgarum aliorumque moribus in desuetudinem abiisse, magno consensu tradunt Auctores pragmatici, ut Grotius *Introd. lib. 2. part. 7.* aliique plures citati a Groenewegio *ad pr. Inst. de Usucap.* Galli sane & Belgæ ita, quibus sola probatur præscriptio tertiæ partis seculi. Non idem Saxonum * & Frisiorum moribus; de illis Wesenbec. *par. h. t. n. 7.* Frisii non recedunt hac parte a regula communi; Jus Civile servari, quatenus non est abrogatum: Cujusmodi nihil de Usucapionibus proditum habemus. Etsi doctrinam ejus frequenter usu venire, in Foro nostro datum non est animadvertere: Tamen ut satis constet, nihil obstare, quo minus usurpetur. Quia tamen nihil singulare vel indictum habemus ad hunc locum, breviter eum transgrediemur.

3. Hoc, obiter, ad effectus usucapionis pertinet, quod, etsi inferat dominii mutationem, jus tamen pignoris alii creditori quæsitum non tollit, ut est *in l. 44. §. 5. h. l. l. 1. §. 2. de Pignor.* quod nec hodie sublatum, eo quod hypothecariæ præscribitur eodem tempore, quo usucapiuntur res immobiles, *l. 1. & l. 2. C. Si advers. credit.* juncta *l. un. C. de usucap. transform.* ut paulo crudius habet D. Wissenb. *ad h. t. th. 12.* Potest enim fieri, ut res hypothecæ obligata sit eo tempore, quo jam dominus possessionem ejus amiserat, & usucapio inchoata erat, eoque casu hypothecaria diutius vivit quam dominium; ne de rebus dicam mobilibus, in quibus nihil hactenus mutatum.

4. Per litis contestationem interrumpi usu-

* De temporibus usucapionum & præscriptionum Juris Saxon. *supr. P. I. p. 148. 400. 439.* actum fuit. Sicuti vero Præscriptio 40. annorum Jure nostro non est mutata, *P. I. p. 400.* jung. *439.* ita quoque præscriptio immemorialis temporis, eodem non censetur esse sublata, adeoque regalia adversus Principem non 31. ann. 6. sept. 3. d. sed immemoriali possessione acquiruntur. *c. 26. X. d. V. S. j. L. R. l. 1. art 29.* Conf. Berl. *P. 2. Concl. 8. n. 19* Petr. Heig. *P. 1. qu. 16. n. 47. sq.* Carpz. *P. 2. C. 3. d. 24.* Dissent. *Consult. Sax. par. ult. qu 101. n. f.* Sunt equidem JCti, qui in Regalibus nec immemorialem præscriptionem admittunt. v. Ill. Thomasii Dissertationem *de Præscriptione Regalium ad Jura Subditorum non pertinente, Halæ 1696* editam, sed mitiorem satius est sequi sententiam, in quam denique etiam Titius desinit Teutsch. Lehnr. *c. 12. §. 17.*

capionem,(est Usurpatio Civilis,)dictum est *alias*, & habetur in *l. 10. C. de Acquir. Poss. & l. 10. C. de Praescript. long. temp.* In quibus textibus nihil est, quod jus novum ab illis introductum esse persuadeat, cum ratio de praesumpta derelictione vel negligentia, qua usucapio nititur, per litis contestationem manifesto extinguatur. Plerique tamen jure Pandectarum secus obtinere, contendunt per *l. 2 §. ult. D. pro empt. l. 18. de Rei Vindic. l. 9. §. 6. D. Ad exhib. l. 2. D. pro Donat.* in quibus post litem contestatam tempus usucapionis & praescriptionis adhuc currere dicitur. Vide, ne non ita sit dicendum; Quamdiu adhuc pendet lis, tempus currere dicitur, & si per sententiam possessio maneat suo loco, continuatur cum effectu. Sed avocata per sententiam possessione, tempus post Lit. contest. non prodest ad implendam usucapionem. Idque docet praedicta *l. 10. C de Praescr. l. t.* Hoc intellectu, nulla juris antiqui & novi hac parte discrepautia fuerit.

Tit. IV.
Pro Soluto.

PRetium operae videtur, singulos percurrere titulos, ex quibus usucapionis usus maxime colligi potest. Monitum de illis universale, praebet argumentum Tituli, *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*; non eum esse titulum usucapiendi, quem partes prae se ferunt, sed quem revera tractant. Quare si vendere se rem simulent, cum donandi sit animus, non pro emptore, sed pro donato res usucapta censetur, *l. ult. pro Don.* Quod si Titulus, quem revera tractant, sit nullius momenti ad usucapionem, etsi quem praeferunt, sit idoneus, tamen nihil agitur, quia non ejus, quem simulant, sed quem dissimulant, rationem esse habendam, praedictus docet titulus, utique *l. 1. & l. 3.* Atque haec ad ea, quae Thomasius *ad h. t. pos. 1.* argutatur, suffecerint.

N. ADDIT.

Sufficiunt utique, postquam Autor videlicet emendavit ea, quae in positionibus obscure & minus recte dicta sunt, secundum monita scholiorum meorum. Sic enim se res habebat ibi.

Posit. 1. Tituli justi sequentibus rubricis memorantur, de quibus in genere notandum; causam simulatam, si nihil agatur, (a) nullius esse momenti, l. 1. C. plus val. quod ag. *Sed ubi aliud pro alio simulatur, sufficit, eum titulum, qui simulatur, (b) esse habilem ad transferendum dominium.* l. ult. pro Don.

(*a*) Obscure, ut nescias quid velit. Clarius sententiam *d. l. 1. C.* explicat rubrica ejusdem tituli, cujus expositionem vide apud Brunnem. & Perez *ibid.*

(*b*) Dicerem potius, qui revera subfuit, *d. l. ult.* Nam ibi venditio fuit simulata, & revera subfuit donatio.

Primus Usucapionis titulus est, *Pro soluto*, cui res aliqua est soluta, vel in solutum data, hic caeteris paribus, usucapit pro soluto. Dicitur autem solvi, quod ipsum debetur; In solutum dari, quod volenti creditori, cui res alia debetur, solutionis causa datur, *l. 46. de Usucap.*

Tit. V.
Pro Emptore.

PRo emtore usucapit, qui rem a non domino, *l. 74. de contr. empt.* pure emit, *l. 1. pr. & §. 2. hic*, aut litis aestimationem solvit, *l. 1. & l. 3. eod.* est enim litis aestimatio similis emptioni, *d. l. 3.* Est aliquid hujus tituli singulare, notatum ad *Inst.* quod, cum Traditio facta ex errore falsae causae, modo adsit bona fides, pariat usucapionem, id in emptione non procedat; nisi emptio venditio vere praecesserit, aut saltem, bona fide & ex errore justissimo, rem crediderit esse venditam, *l. 2. in pr. h. t.* Dix. *ad Inst. n. 8.* quibus adde sis Wissenbachium *ad h. tit.*

Tit. VI.
Pro Herede.

TIt. pro herede in *l. pen. pro her.* statuitur in rebus, quas heres defuncti esse putavit, eaque mens videtur esse Tribon. sed juris ratio & textus in *l. 4. C. de Praescr. long. temp. & l. ult. C. h. t.*

non

non permittunt: siquidem heres absolute repræsentat defunctum, nec ullum characterem novum Successio ei donare potest, *l. 11. de div. temp. præscr.* heredi nihil quam repræsentatio defuncti, non titulus novus adscribitur, *l. ult. C. Pro Her. l. 4. C. de præscr. long. temp.* Placet audire, quid Thomasius ad hanc rem satis intricatam, scripsit ad nostram *Posit. 1. h. t.*

SCHOLIUM.

Si nulla in re, certe in usucapione pro herede, dissenserunt JCti veteres, quod non observantes Juris civilis commentatores moderni, præprimis ii, qui malunt distinctionibus quibuscunque contenti esse, modo aliquatenus Justiniani autoritatem, nullam dari in corpore Juris dissonantiam asserentis, iisdem tueri queant, quam ingenua imbecillitatis humanæ agnitione antinomiam fateri, etiam in hujus tituli expositione crucem discentibus fixerunt, singuli fere singulas, easque variantes, nec parum dissidentes a se explicationes proponentes. Mihi uti omnes excutere jam non vacat, ita quæ in Autoris expositione dubia restant, proponam, mea opinione paucis præmissa. Scilicet, si leges ff. & C. *sub hac rubrica positas evolveris, deprehendes, nullam earum exponere quid sit pro herede usucapere, sed omnes ostendere saltem, quinam non possint usucapere pro herede; sola* l. penult. h. t. *excepta, ubi Pomponius, plerosque putasse docet,* si heres sim, & putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere. *aperte indicans, quicquid etiam communiter pro expositione hujus textus alii afferant, heredem usucapere posse res defuncto v. g. commodatas, si modo factum commodationis ignoret: Adeoque titulus pro herede, ex mente Triboniani eo spectabit, ut pro herede usucapere possit quis eas res, quæ apud defunctum erant ex causa justa, ad dominium tamen transferendum inhabili. Cæterum, quemadmodum Pomponius: PLEROSQUE hanc fovisse sententiam, dixit, ita non defuerunt, qui contrariæ opinioni faverent, quorum fragmenta ex incogitantia Triboniani, aliud videlicet tum agentis, etiam Pandectis sunt inserta. Hos inter & Papinianus videtur fuisse, si non tam casum* l. 11. de div. temp. præscr. *quam subjectam eidem rationem consideremus Cum autem Papiniani responsa semper magnæ autoritatis fuerint, non dubium etiam, quin & apud Antoninum Caracallam eandem obtinuerint, vel certe apud eos, qui ei, ut* l. 1. C. h. t. *conderet, fuere autores, in qua diserte usucapio pro herede, quatenus nimirum a Pomponio, & illis plerisque, qui Pomponio consentirent, ac a Papiniano dissiderent, exponitur, abrogata est, haeque abrogatio iterum noviter a Diocletiano repetita,* l. ult. C. eod. l. 4. C. de præscr. long. temp. *quorum adeo Constitutiones cum in Codicem repetitæ prælectionis a Triboniano fuerint collocatæ, in his etiam, tanquam posteriori Triboniani voluntate, erit subsistendum; Non male itaque, quantum ad Jus Codicis, Brunnem* ad l. 1. C. h. t. *Titulum pro herede non probare peculiarem titulum usucapionis; sed tantum novam qualitatem & tituli ejus continuationem, quam defunctus habuit, & ex hoc sequi, si defunctus non habuit titulum, nec heredem pro herede usucapere posse res, quas in hereditate reperit. Idem sentit Autor* n. 3. hic.

An igitur ipsius defuncti res propriæ, usucapientur ab eo, qui se putat esse heredem probabili ex causa? Sic Pacius & Corvinus *ad. h. t.* tradunt. Quid autem, an ita heredi totam hereditatem vindicanti, possessor res singulas subducere potest obtentu usucapionis? Nihil minus, sic enim hereditatis petitio eluderetur.

Igitur Usucapio pro herede sumenda videtur ita, ut tantum sit nova qualitas in continuatione tituli, quem defunctus habuit; veluti, quando defunctus pro emptore possedit, heres vel is, qui putat se heredem esse, potest absolvere usucapionem.

N. ADDIT.

Recte jam omisit Autor prælectionibus addere positionem quartam, propter monita scholii præcedentis partim, partim scholiorum, quæ illi positioni subjeceram.

Pos. 4. Vel potest esse nova usucapio, hoc modo; qui putat se heredem esse, invenit rem in hereditate, quam putat esse defuncti, cum sit aliena, & sine titulo a defuncto possessa; Evincitur ab eo hereditas; rem hanc alienam non restituit; imo nec ipsi vero veterique domino restituere cogitur: Nactus est enim bona fide tituloque justo, (b) nec objici potest ei, quod defunctum repræsentans, alio titulo gaudere nequeat ac ille habuerat; etenim ille non est heres, (c) sed probabiliter tantum se esse putavit.

(b) Sed quo? An pro herede? At heres non est. Et quamvis heredem se esse putaverit ex probabili causa, tamen neque hic error ipsi prodesse quid poterit. Ut enim justus error usucapionem producat, requiritur ante omnia, ut titulus, quem subesse per errorem putamus, ad hanc rem, quam usucapere volumus, transferendam sit habilis.

 Sed

Sed si verus heres esset, qui alienam rem tanquam hereditariam possidet, eam non posset usucapere.

(c) Quid inde? vult tamen rem usucapere pro herede, quod ad objectionis firmitatem sufficit. Alias enim sequeretur putativum heredem plus juris habere quam verum, quod iterum implicat.

In hunc sensum accipio, nec aliter possum, *l. 33. §. 1. vers. Idem hic, & hoc amplius de Usuc.* Aliter Bachov. ad Wesenb. *h. t. & de Action. disp. 3. th. 21.* & D. Wissenb. *ad h. t. th. 11.* Eadem Lex mihi persuadet, *vers. idem.* titulum pro possessore hic esse accipiendum, ut in *tit. de possess. hered. petit.* non ut in *l. 11. de hered. pet.* secus Pacius *hic.*

Aliis exempla usucapionis pro Herede, quaerenda videntur in exquisitis casibus. Sed magis est, ut in praedictis generalibus acquiescamus.

Tit. VII.
Pro Donato.

TIt. pro donato est pro eo, cui res a non domino donata est, *l. 1. h.* vel, quod idem, imaginarie vendita, donandi scil. animo, *l. ult. h.* oportet autem donationem esse validam, *l. 1. §. 1. & 2. l. 3. & l. 4. h. t.*

2. Imo nunquam valet donatio rei alienae, *l. 9. §. ult. de Donat.* Resp. ad effectum dominii transferendi non valet; sed ad usucapionem, secus est.

3. Prohibitae donationis exemplum est in ea, quae inter virum & uxorem intercedit, ex qua usucapio non procedit, *l. 1. §. 2. h.* nisi res sit, inquam, in quam nihil juris habet donans & ex qua nihil damni sentiat, *l. 3. eod. & l. 25. de Don. int. V. & U.* Velut, si vir rem alienam uxori donarit, tunc enim quae propriam mariti nullo modo acquirere poterat, dominio alienae rei, in qua vir liberalis fuit, potitur; quia scilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita est, quae donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex alieno, *d. l. 25.*

4. Sed quae est ratio, quod donatio mortis causa, traditione a donatore vivo impleta, usucapionis effectum non praestet, ut habetur *in l. 13. pr. de Donat. m. c.* tametsi ad dominium transferendum habilis sit, *l. 2. vers. aliam. eod.?* quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l. 30. eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus sit factus, aeque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l. 15. §. 1. de Cond. indeb.*

Tit. VIII.
Pro Derelicto.

PRo derelicto non potest usucapi res deperdita, licet inventor putaverit esse derelictam, *l. 6. h.* non obstante *l. 4. h. t.* Proinde, quovis tempore talis res a Domino repeti potest; nec ideo recte dicitur, ejusmodi rem pauperibus esse dandam, nisi talis sit, quae servari nequit.

SCHOLIUM.

Ad l. 4. h. t. *Autor respondere vult in fine* posit. seq. *In hoc cum Autore sentimus, Julianum* d. l. 6 & 7. *simpliciter nolle admittere errorem in usucapione pro derelicto. Contra Paulus* d. l. 4. *errorem mihi prodesse statuit, sed justum haud dubie, quod & verius, arg. eorum, quae ipse autor supra pro emptore.* posit. 2. *adduxit.*

RESPONSIO.

Vim facit Paulo Thomasius, in explicatione d. l. 4. *contra juris rationem. Sic ait Paulus;* Id quod pro derelicto habitum est & haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit. *Ponit diserte, rem vere pro derelicta habitam esse,* hic est titulus; *dein, possidentem hoc putare,* est bona fides. *Non dicit igitur, errorem prodesse possidenti rem talem, quae a nemine derelicta sit. In hoc tantum laborat scientia possidentis, quod nesciat a quo res derelicta sit, quae vere derelicta est. Non erravit igitur in opinione, quod res pro derelicta sit habita. Putavit hoc ita, quemadmodum res se habebat.*

N. ADDIT.

Consentio Autori, & ferre possum, ut nunc expungatur scholium.

Alii pro derelicto usucapi volunt, si quis rem nullius esse probabiliter credat, Bachov. *part. 2. ad Tr. disp. de Usuc. th. 5. lit. G.* Sed cum eo casu titulus deficiat, (a) ne sic quidem procedit usucapio, *l. 7. h.* Verus usus est, quando non dominus

dominus rem pro derelicta habuit, eamque alius occupavit, putans a vero domino fuisse relictam, *d. l. 4. h. t.*

SCHOLIUM.

(a) *Non deficit, vel, si velis deficere, dic, cur usucapio procedat* in l. 11. ff. pro emptore. & l. 5. §. 1. pro suo. *Si enim hic titulus deficiat, deficit & ibi.*

RESPONSIO.

Deficit heic aperte, quia non est verum, rem esse derelictam aut pro tali a priori possessore habitam. Quod ex l. 11. & l. 5. §. 1. *Thomasius profert, ad exceptionem pertinet. Tituli defectum impedire usucapionem, manifestum est; Est tamen generalis, ut videtur, exceptio; nisi valde probabilis & justissimus error opinionem tituli inducat, ut in* d. l. 11. *Quia tamen ejusmodi error excedit ordinarios usucapionis terminos, hinc potius ad usucapionem pro suo, qui titulus est quasi supplementum reliquorum, quam ad eum, circa quem error est, vertitur,* d. l. 5. §. 1. Pro suo.

N. ADDIT.

Sed hac responsio dubium non tollit. Nam I. ista responsio de titulo pro suo, non potest aptari ad l. 11. pro emptore. *Et ergo si probabilis & justissimus error non impedit usucapionem pro emptore, cur impediret usucapionem pro derelicto, etsi ea ex* d. l. *Paulina non possit probari. II. Parum intererit, si dicas, errantem in titulo pro derelicto, non usucapere pro derelicto, usucapere tamen pro suo, cum hic titulus sit supplementum reliquorum, secundum confessionem propriam Autoris.*

Thomasius ad explicationem nostram *legit* 4.

SCHOLIUM.

Sed quæ conjectura eo nos ducit, ut credamus, Paulum in d. l. 4. *de hac circumstantia cogitasse?*

RESPONSIO.

Nulla conjectura, sed positio expressa, quam Paulus habet in verbis paulo supra *collocatis & expositis.*

N. ADDIT.

Poterit ergo & hoc scholium omitti.

Tit. IX.

Pro Legato.

AN pro Legato usucapit is, qui possidet aliquam rem, quam putabat sibi legatam, cum non esset? Minime, *l. 2. h.* verum, si legata sit res, quæ non erat propria testatoris, *l. 4. in pr. h.* quod velim conferri cum iis, quæ modo contra Bachovium & Thomasium disputavimus. Denique procedit etiam, si res fuerit quidem Testatoris, sed legatario adempta sit ab ipso testatore codicillis, quod legatarius ignorabat, vel si in nomine sit erratum, ut si duo sint Titii, & alter eorum de se cogitatum existimaverit, erronee, *d. l. 4.*

Tit. X.

Pro Dote.

PRo Dote usucapit, qui in dotem accepit res alienas, *l. 1.* seu singulas, sive universas pariter, *§. 1. l. 1. h.* si nempe dos & matrimonium vere sit, non si putaverint, cum non esset, *d. l. 1. §. 3. & ult.* similiter atque prioribus titulis dictum est.

Rebus ante nuptias traditis, id tempus proprie non putatur in usucapione, ne quidem si æstimatæ fuerint, *l. 2.* ex ratione *l. 10. §. 4. de Jur. dot.* quoniam æstimatio illa quasi sub conditione, si *nuptiæ secutæ sint*, intelligitur.

Et tamen sponsalibus contractis utiliter usucapio *pro suo* procedit, nisi dictum fuerit, ne dominium transiret, aliter quam nuptiis secutis, *d. l. 1. §. 2.*

SCHOLIUM.

Multa sunt, quæ adversus hanc conciliationem urgeri possunt, & aut nihil intelligo, aut Paulus & Ulpianus iterum a se dissident. Imo nec Ulpianus hic sibi omnino constat, nisi vel dicas, Juliani sententiam saltem in l. 1. §. 2. hic, *ab eo recenseri, vel limitationem ex* d. §. 2. l. 1. *addas* l. 10. §. 4. de Jure dot.

RESPONSIO.

Non tam Paulus & Ulpianus, quam Justinianus uno contextu, in l. 1. & 2. *contraria scriberet, ex sententia Thomasii. Sententiam Juliani tantum referri in* l. 1. §. 2. *frustra dicitur, per Ulpiani*

piani dicta, quæ sententia mihi probabilis *videtur. Nihil igitur potius est quam ut in eo, quod, dictum, acquiescamus.*

N. ADDIT.

Jam tacite consensi in verbis finalibus Scholii, de limitatione d. l. 10. §. 4. *ex* d. l. 1. §. 2. *Ergo sit ita.*

Tit. XI.
Pro Suo.

Titulus pro Suo, accipitur vel generaliter, vel specialiter. In genere, quoties aliquis putat se dominum esse; ac ita concurrit cum omnibus aliis titulis, *l. 1. in pr. h.* utimurque ejus appellatione, cum aliis titulis proprie non est locus, ut exemplo patet in *l. 1. §. 2. Pro dot.* In specie titulus Pro suo, maxime pertinet ad errorem falsæ causæ, *l. 3. h. t.* de quo *ad Inst. n. 8.* & ut aliqui putant, in rebus, quæ mari, terra, cælo capiuntur, aliisve modis, quæ rem nullius esse arguere videantur, licet revera non sint, *l. 2. eod.* Non spernenda sunt, quæ habet hac de re Thomasius.

SCHOLIUM.

Et hic Tribonianus crucem nobis fixit, miscendo in hoc titulo, quæ ad titulum pro suo generalem spectant, specialibus. Scilicet pro Suo possidere dicitur generaliter, qui rem ex quacunque causa ad dominium transferendum habili, possidet, l. 1. h. t. *Cæterum, hæ causæ vel habent nomen speciale, ut emptio, donatio, legatum &c. Vel non habent, ut ea, quæ jure accessionis, vel occupationis acquisivimus. Quas ex posterioris generis causis possidemus, in specie pro Suo possidere dicimur*, l. 2. h. t. & l. 1. §. 2. pro Dote. *præprimis si revera nullius fuerint, aut etiam revera jure accessionis ad nos spectent*, d. l. 2. *quod si tamen & hic justus & probabilis error subsit, possessio hæc* pro Suo, *etiam ad usucapionem sufficit*. d. l. 2. junct. l. 4. pr. eod. *Cæterum, stipulatio quoque causa ad dominium transferendum habilis est, & talis quidem, quæ nomen habet, unde mirandum, quod nec de hac specialis titulus reperiatur in Pandectis*, Pro stipulatu *videlicet. An hoc ideo factum, quod hoc nomen non usurpaverint JCti, sed magis delectati fuerint nomine generali* pro suo? *Id videtur, propter* l. 3. h. *Jam his præmissis, facile est dignoscere mixturam Triboniani.* L. 1. pr. *agit de possessione pro suo generali.* §. 1. *spectat ad titulum pro emptore.* L. 2. *exponit possess. pro suo, stricte dictam.* L. 3. *possess. pro stipulatu exhibet.* L. 4. pr. *iterum specialem pro suo possess. adducit.* §. 1. *pertinet ad tit. pro herede.* (junct. l. 3. pro herede.) §. 2. *ad tit. pro legato.* (vid. l. 2. ff. eod.) *Denique* l. 5. *iterum ad titulum pro emptore. Ergo si accuratius Tribonianus leges hujus tituli voluisset collocare, nihil ponendum fuisset, quam* l. 1. pr. *tum* l. 2. *inde* l. 4. pr. *reliqua erant referenda ad suum locum.*

RESPONSIO.

Cur titulum pro Stipulatu non prodiderint JCti, causa non est idonea, quod nomen hoc non usurpaverint, sed magis delectati fuerint *nomine* pro Suo. *Hæc enim est petitio τῦ ἐν ἀρχῆ* principii, *quam vocant. Hoc quæritur, cur ita? Dic potius, quia Stipulatio ipsa est contractus generalis, & accessorius omnium reliquorum, cui proinde nomen generale* pro Suo, *melius conveniebat, quam suum proprium; quippe tum visa fuisset causa peculiaris, cum sit inventa reliquis contractibus firmandis, ut* ad tit. I. de Verb. obl. *satis est demonstratum.* Reliquis Thomasii non est quod opponamus.

N. ADDIT.

Et hic igitur omnia bene se habent. Nam Autor sententiam meam de stipulatu illustrat magis, quam quod refutet. Neque hoc est petere principium, cum dixi, JCtos noluisse nomen hoc usurpare. Nam revera noluerunt, etiam secundum mentem Autoris. Sed est rem non satis perspicue dicere. Petere principium dicetur de illis, qui quid ut indubium affirmant, quod alter negat.

His titulis quaslibet res, non exemptas privilegiatasque, usucapi posse, tum & quæ sint exemptæ, diximus ad *h. tit. Inst.* inter quas etiam Res civitatium, juxta res Fisci, Ecclesiæ, domuumque piarum, recensentur a Vinnio aliisque omnibus, ex *l. ult. C. de fund. patrim. Tit. C. Ne rei dom. vel templ.* Verum tamen est, nullum dari textum, e quo res Civitatis liqueat esse exemptas usucapioni. Ideoque dicendum, eas nec videri exemptas; nisi lex specialis proferatur.

LIB. XLII.

Tit. I.

De Re Judicata.

I. Continuatio, & quid res judicata. II. Quid sententia. III. Quid differat a Comminationibus, Subscriptionibus, Epistolis, ac Imperiis.

TRactatus de Judiciis per Digesta sparsus, una cum causis, actionibus, & juribus unde oriuntur, arbitraria, quam videmus, methodo absolvitur. Ipsius Judicii tres habemus partes præcipuas, constitutionem ejus in *tit. de Judiciis*, prosecutionem ad *Tit. de probationibus & seqq.* Finem & executionem ejus in *hoc tit.* & deinceps. RES JUDICATA, quam Rubrica loquitur, est Lis, quæ per sententiam finem accepit. Ex continenti enim post sententiam dici Rem judicatam, probat ratio & *Lex 1. h. t. l. 14. C. de Appell.* Sed quia cis decem dies appellari potest, ut *infra* videbimus, & per appellationem executio sententiæ impeditur, satis apparet, plenam sententiæ vim ante decem dierum lapsum non esse comparatam. Nec aliud velle puto Canonici juris Auctores, quos communiter a jure Civili hac parte discrepare volunt: quando post *decem dierum spatium sententiam in auctoritatem rei* judicatæ transire, docent in *cap. 15. X. de sent. & re jud.* quod respectu suspensæ executionis, propter appellandi facultatem, ita eos intelligere, docet ipse Pontifex in *d. cap. 15.*

2. Quid autem sententia sit, dictat eadem lex 1. Est ultima (a) Pronunciatio judicis super causa cognita, absolutionem vel condemnationem continens.

SCHOLIUM.

(a) *Nam interlocutio ex stylo Jurisprudentiæ Romanæ, non est sententia.* Wiss h. th. 1. Strauch. XXVI. 2. *quod tamen moribus nostris secus.*

Causæ cognitione prævia sententiam oportet esse latam, & sine ea quicquid a judice profertur aut pronunciatur, non potest habere vim rei judicatæ: Ergo comminationes, quales sunt interlocutiones Præsidis apud Acta signatæ, ut nisi debitor *v. gr.* solverit intra certum diem, duplum seu quadruplum inferat, non habent vim sententiæ, *l. 4. C. commin. Epist.* Ejusmodi pœnalia Rescripta sæpius eduntur a judicibus, iisque partes parere debent: At si non pareant, executio tanquam ex re judicata non datur, sed causa prius cognoscenda, & sententia super isto pœnali mandamento, quod vocant, denuo ferenda est, ut servatur usu quotidiano, & docet Gailius *1. obs. 15.* Porro nec res judicata *videtur*, si per Epistolam Rector Provinciæ solvere pecuniam jussit, *l. 2. eod.* neque Programmata a præsidibus proposita, *l. 6.* neque Subscriptiones ad libellos datæ, quibus aliquis in possessionem fundi v. gr. mittitur, *l. 5.* Semper enim ut effectus rei judicatæ obtineat, partium allegationes audiendæ & examinandæ sunt, *d. l. 5.* Idemque de omnibus Imperiis Magistratuum intelligendum, *l. 4. h. t.* Atqui de Principibus ita traditum est. Quodcunque per epistolam vel subscriptionem statuerunt, id juris habere vigorem, non secus atque si Edicto præcepissent, *l. 1. de Const. princ.* Videlicet, si animum juris condendi habuerint, quod non aliter quam re penitus discussa locum & usum habere potest, *l. 2. & 3. C. de LL.*

3. Enimvero causæ cognitionem esse vel summariam, vel ordinariam, satis constat, & probatum est ad *tit. de Judic. n. 33. pag. 718. seq.* nec dubium, quin utræque vim sententiæ reique judicatæ teneant: Quippe Judicia de Interdictis, quæ sunt Actiones extraordinariæ, *Rubr. D. de Interdict.* finiuntur per sententiam definitivam, *l. 3. C. de Interdict.* ut videbimus *infra.* Idem in reliquis actionibus summariis & extraordinariis indubitatum est. Textus vide in *præd. Loco addit. de Judiciis.* Atqui ita sine dubio in his, quæ pro tribunali sive per decretum, causa licet breviter cognita, fiunt. An autem, quæ de plano per libellos expediuntur, vim rei judicatæ obtinere possint, non de nihilo quæritur, eaque de re non semel quæsitum dubitatumque recordor. Etiam diverso modo in suprema Curia nostra aliquando judicatum. Quia vero hæc res admodum frequentis usus est, cum negotia, quæ per libellos expediuntur, nihilo sint pauciora, quam quæ pro tribunali disceptantur, placet heic de Libellis, ut hodie tractantur, agere paucis.

DE

DE LIBELLIS SUPPLICIBUS.

IV. Libelli principibus oblati, a judiciali discrimen & convenientia. V. De Libellis, quibus petitur Commissio judicialis. VI. An ex rescriptis ad libellos partibus auditis, oriatur exceptio rei judicatæ. VII. Rationes pro adfirmativa. VIII. Decreta & dispositiones aliæ, quæ sine processu contradictorio vim rei judicatæ habent.

4. PRimo omnium de libellis & dispositionibus ad libellos, & quæ fiunt a Magistratibus atque a Judicibus, heic agi, præmonendum est. De his, qui Principibus, aut apud nos Ordinibus eorumve Delegatis offeruntur, repetendum duntaxat, quod alias probatum est, non debere Principibus offerri supplicationes, quæ Fisco sint damnosæ, quæ jus tertii tollant, & quæ juri adversantur. Etsi Rescripta ejus generis impetrata fuerint, ea non valere, nec ideo mandata principum aliter, quam cognita causa executioni danda esse, probant textus juris in *l. 2. l. 3. l. 4. & l. 7. C. de Precib. Imp. off.* & diximus ad *tit. ff. de Const. Princ.* Denique, nec super causa litis pendentis, Principibus supplicare licet, *l. 2. C. Ne lit. pend.* quia cursum justitiæ nolunt interrumpi, sed hominum querelas ad se per legitimos provocationum tramites deferri; Proinde si Magistratus aut Judices partibus non faciant copiam Justitiæ, juxta morem procedendi legitimum, tum quidem recursum ad Principem dari, res loquitur, & diximus *ad tit. præd.* Hos limites Romani Principes sibi ipsis circumscripserunt, a quibus hodierni Imperantes nimium quam recesserunt. Ordines tamen nostri moderationem Principum Romanorum in eo non tantum sequuntur, sed etiam superant: Quando de rebus juridicis se prorsus adiri non patiuntur; sed eas Curiæ supremæ, iam in civilibus quam criminalibus *privative*, ut Ordd. loquuntur, commiserunt. Si qua privilegia vel remissiones pœnarum, certis personis indulgeant, ea non aliter, quam causa apud Curiam cognita probataque, effectum habere patiuntur, ut est apud Sandium *lib. 5. tit. 2. art. 2.* Neque tamen eadem requisita, quæ Principum libellis adscripsimus, in judicialibus non requiruntur. Certe nec illa valebunt, si Fisco damnosa, jus aliorum tollentia, vel juri contraria sint, tanto minus quanto judicis inferior potestas minus valet quam summa Principis. Proinde si Curiæ supremæ libellus offeratur super causa litis apud inferiorem judicem pendentis, extra causam negatæ justitiæ, non est audienda Querela, cujusmodi Curiæ nostræ judicium fuit *d. 24. Nov. 1680.* quando Commissarius libellorum supplicum, subscriptione jusserat, in statu retineri, hoc est suspendi, causam litis apud Judicium *Opsterlandiæ* pendentis, quod rescriptum decreto Curiæ improbatum est, in causa *Fiscalis dicti territorii ratione officii, contra Stephanum Johannis cum soc.*

5. Quo autem effectus dispositionum ad libellos supplices, melius intelligatur, partitione species eorum detegamus. Libelli vel sunt tales, ad quos sequitur *Commissio*, sive delegatio *Commissarii*, quem vocant, vel remissio ad jus ordinarium, vel peremptoria dispositio. Libelli, ad quos sequitur Commissio, vel statim eam recipiunt, vel audita parte adversa Statim, quando Judex e relatione supplicantis intelligit, inquisitione per Commissarium facienda opus esse, veluti, quando minor petit veniam ætatis, quando Venia res pupillorum, minorum, ecclesiarum & civitatium alienandi petitur; quando Magistratus officium imploratur, ut alicui bonis interdicatur. Hæ res ita administrantur, ut statim Commissarius detur, qui habita inquisitione vel ipse decernit, quod petitur, vel refert ad Collegium, ut ab eo res petita decernatur. Non solet quidem fieri, ut is cujus interest, ad has causas citetur; Si tamen re cognita petat audiri, seque velit opponere, non posse, verbi gratia, prodigum a contradictione repelli, diximus ad *tit. de Curat. Furios. & al. in fin.* Quid autem si non vocato sit interdictum, aut alienatio sit permissa, an hoc decretum adeo firmum erit, ut deinceps hi quorum interest, in contradictorio non sint audiendi? Censeo, non posse negari judicium, si res habeat civilem ἀναθεώρησιν, quia parti inauditæ nulla posset obstare judicati auctoritas, *d. tit. C. Commun. epist. &c.* Libelli, in quibus auditis utrimque partibus, res judici delegatur, sunt de negotiis, in quibus ita dissident partes, ut inter eos conciliatio speretur. Quo casu apud nos rescribi solet, *Fiat Commissio sine verbali processu.* De his, nec non de omnibus illis, quibus ad jus ordinarium & disceptationem partes remittuntur, non habet locum Quæstio de auctoritate rei judicatæ.

6. De his vero, qui sine disceptatione sive Processu juris ordinario expediuntur, quædam sunt *provisiones* ad ulterius aliquid tendentes, quædam defini-

definitiones ultimæ. Priores, etsi vim habeant inrevocabilem, ut omnes interlocutiones, tamen huc non pertinent. Egimus de illis in *parte 2. Jurispr. Hodiern. lib. 1. cap. 34. n. 15. seqq.* Via, per quam ad definitionem causæ in libello tractatæ pervenitur, hujusmodi est. Libellus supplicantis adversario jubetur insinuari, ut intra certum tempus rescribat, Rescriptio ejus supplicanti rursus insinuatur, qui contra rescribit, & in quibusdam Judiciis reus, id est contra quem supplicatio facta est, duplicat. Hisce tribus aut quatuor scripturis, a judice visis & examinatis, si causam reperiat ejusmodi, ut sine processu solenni probationum, definiri queat; subscribit suam sententiam, quod fit aliquando a toto Judicum Consessu, ubi plures sunt; aliquando a Commissario sive Magistro Libellorum supplicum, nomine tamen Curiæ, sive totius Collegii. Qui se per hanc sententiam læsum arbitratur, intra 24. horas petere potest, ut *rursus audiatur*. De hujusmodi subscriptionibus, sive sententiis Libello subscriptis, quæsitu dignum & aliquando quæsitum est, si nulla *Reauditio* petita, vel appellatio, (quando judex inferior subscripsit,) instituta sit, vel etiam, si per reauditionem confirmata fuerit, an super eadem causa denuo lis moveri possit, an vero detur ex illis exceptio rei judicatæ. Curiæ nostræ præjudicia extant in utramque partem. De hoc quidem non dubitatur; Si is, qui per rescriptum ad Libellos condemnatus aut rejectus est, eandem causam per libellos denuo disceptare velit, abscisse repellitur. Verum an, si petatur Citatio juris ordinarii & via processus solennis super causa per ejusmodi rescriptum definita, & victor opponat exceptionem rei judicatæ, an hæc admittenda sit, id demum ambigitur. Admittendam esse exceptionem, visum est Supremæ Frisiorum Curiæ, *in causa Gertrudis Corneliæ, contra viduam & heredes Olphardi Belida, in principio Anni 1675.* Non esse admittendam exceptionem rei judicatæ ex ejusmodi Rescripto, placuit eidem Curiæ in causa *Melle Jeens*, contra *Tjamke Tijmens*, *die 8. Maji 1682.* ubi hac de re *πραγματικῶς* & unice disceptatum est. Nos primo, ut est momentum rei, & usus frequentia, rationes pro adfirmativa reddemus, tum rationes negativas refellemus. Dein, nunquid temperamenti & instar medii detur, videbimus.

7. Rationes, cur ex ejusmodi Rescripto sive sententia, post scripturas hinc inde commutatas, danda sit exceptio rei judicatæ, sunt hæ: *Prima*, quia tale Rescriptum est vera sententia per causæ cognitionem & disceptationem judicialem definita, cujus formula est, *Curia, visis omnibus, injungit, &c.* II. Quia in libello perinde fit conclusio, & in Rescriptione contradictio, ac ita porro, quam in processu ordinario causarum, quæ sine interlocutione probandi causa, definiuntur, forma duntaxat externa discrepante. III. Quia Curia seu Judex, antequam definiat causam, perpendit, utrum causa ejusmodi sit, quæ summatim finiri possit, an opus sit ordinario Processu, & cum prius arbitrata est, tum hoc judicio standum neque id retractandum est. IV. Quia summariæ cognitiones & Judicia extraordinaria, æque desinunt in sententias & res judicatas, quam ordinaria, ut probatum *est d. tit. de Judic.* V. Quia cum a tali Rescripto per Judicem inferiorem dato, appellatur ad Curiam Supremam ibique confirmatur, inde sine dubio nascitur exceptio rei judicatæ. Atqui tale Rescriptum per judicium appellationis confirmatum, non fit amplius quam quod fuit, nec nisi in vigore constituitur; Resolvitur, inquam, in id, a quo appellatum est, idque agitur, ut maneat sententia Summaria; & appellans declaretur non gravatus Rescripto, sive summaria judicis inferioris sententia. VI. Ex ejusmodi decretis non potest negari, quin jus aliquod parti victrici acquiratur; At huic jus semel acquisitum, rursus adimi non potest.

8. Rationes obstantes hujusmodi esse videntur. I. opp. Lex *ult. C. d. t. Commin. epist. progr. Quod magno conflictu sententia decerni solet, id paucis literis temere descriptis definiri, fas non est.* Atqui talia Rescripta paucis verbis concipiuntur. Sed Responsio in promptu est, illic agi de paucis literis, temere, id est, sine ulla causæ cognitione descriptis. II. Eadem responsio competit ad *l. 5. eod.* atque in ipsa continetur; Subscriptio ad libellum data, vicem rei judicatæ non obtinet, ait Imp. quia judex partium allegationes audire & examinare debuit; Subscriptiones igitur ad libellos ab una parte prolatas, non quæ partibus auditis omnibusque examinatis factæ sunt, intelligit. Non obstant igitur hæ rationes, quo minus istæ pronunciationes pro decisionibus summariis atque sententiis habendæ videantur. Temperamentum, quod heic locum habere posset, inde petendum videtur, quod de exceptione rei judicatæ postea videbimus: Evenire posse, videlicet, ut si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priori judicio non fuerit examinatum, etsi res sit eadem,

dem, non obstet tibi tamen exceptio rei judicatæ. Atqui hoc multo facilius, in ejusmodi Rescriptis sive dispositionibus ad libellos hinc inde commutatos, fieri posse, manifestum est.

9. Præter has dispositiones ad libellos supplices, dantur adhuc aliæ dispositiones & Decreta judicum, quæ pronunciata vim rei judicatæ habent, sine processu disceptationis contradictoriæ; quales sunt Condemnationes voluntariæ, quando Judex aditur, ut certam ferat sententiam; *Si enim convenerit inter litigantes, quid pronuntietur, non abs re erit, judicem hujusmodi sententiam proferre*, ait Ulpianus in *l. 26. h. t.* Id apud nos fit hoc modo; Advocatus Impetrantis affatur Judicem hoc modo: *Domine judex, debentur clienti meo centum a Cajo, qui contentus est in eam summam condemnari, & convenit inter nos de termino solutionis intra* duos tres menses, *Rogamus, ut sententiam in hunc modum ferre velis.* Commissarius ad causas, audito Debitoris consensu, ita pronunciat: *Curia post auditam declarationem & acceptationem partium, condemnat Reum in id*, quod dictum est, *sub mora duorum mensium, cum expensis.*

Non multum ab hac Condemnatione voluntaria, discrepat *Declaratio*, qua Constitutum sive promissio debitoris, quod intra certum tempus sit soluturus, sub pœna paratæ executioni sive submissione condemnationis, executioni, subjicitur. Quando ad hanc declarationem citatus est, sive compareat sive non, Creditoris Procurator, Acta constituti sive promissionis factæ judici exhibet, cum relatione citationis, petitque decerni executionem. Quibus visis judex ita pronunciat; *Curia viso Constituto, cum submissione executoria, juxta citationem & relationem subsecutam, declarat Constitutum executioni subjectum, & condemnat Reum in id, quod eo continetur, cum expensis.* Sæpe fit, ut ejusmodi Decreta sive sententiæ petantur etiam ad exequenda compromissa, liquidationes salariorum, & id genus alia: Sed juris ratio non patitur, ut executio decernatur ad ejusmodi Acta, quibus non continetur submissio ad condemnationem, quemadmodum & sæpius in Curia nostra judicatum: Utcumque nonnulli commissarii suo arbitratu officium suum aliis quandoque petitionibus impertiantur. At hæc quidem exempli gratia protulisse sufficit. Plura id genus enumerata & exposita, vid. in *part. 2. Jurispr. Hod. lib. 2. cap. 31.* Quin etiam omnes actus voluntariæ jurisdictionis, ut sunt Legitimationes, Adoptiones, Emancipationes, similem rebus judicatis, id est inrevocabilem, habere effectum, non dubitatur.

DE INTERLOCUTIONIS SENTENTIA &c.

X. Interlocutio quot modis accipiatur. XI. Species Interlocutionum variæ. XII. De his, quæ fiunt ad articulos officii quos vocant. XIII. Effectus Interlocutionum. XIV. Qua ratio formandi sententias, quando plures sunt judices. XV. Sententias numero prævalere cum temperamento superius dictorum. XVI. Cur paribus sententiis reus absolvatur. XVII. Divisis sententiis Exceptio Rei admittenda, an rejicienda sit. XVIII. De Conjunctione plurium sententiarum quam duarum. XIX. De relatione causæ pro colligenda Judicum sententia.

10. PErgemus ad Sententias, quæ ad plenam causæ cognitionem feruntur, & per excellentiam ita dicuntur, quas & ab initio definivimus. Pervenitur autem ad sententiam vel directe, vel prævia Interlocutione, sæpe non una. Sumuntur autem Interlocutiones varie: Quandoque pro qualibet inter litigantes pronuntiatione; Ita in *l. 3. C. de LL. interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune præjudicantibus*, ubi opponuntur Edictis generalibus. Secundo pro decretis, causa cognita ad instar sententiæ, ante definitivam prolatis, *Rubr. l. 9. in fin. & l. ult. C. de sent. & Interlocut.* Tertio, significat jussionem Magistratus aut Judicis, causa nullo modo cognita, per modum comminationis prolatam, *l. 3. C. comminat. epist. program.*

11. Secunda significatio est hujus loci, quando ad Sententiam per & post interlocutiones perveniri dicimus. Talis est, qua Judex litigantes in factis contrarios inveniens, jubet singulos probare quæ adfirmant, dilatione legali, vel ab ipso præscripta, qua de re egimus ad *Tit. de probat.* Tales sunt, quibus agitur de Testibus admittendis vel non, de Instrumentis producendis, de cautionibus, de restitutionibus in integrum pendente judicio petendis, denique de Interrogationibus ex officio instituendis; quæ species propius ad ultimam sententiam pertinet.

12. Accidit enim quandoque, ut Judices sententiam

tiam formaturi, quædam vero facta vel a partibus im... cta probationibus relicta, vel non satis probata sint. Hæc ipsi quamlibet conscii, ex sua scientia supplere nequeunt; quippe secundum acta & probata judicare obstricti, *l. 6. §. 1. de Off. præs.* Propterea, si res ipsarum partium interrogationibus confici possit, has primo quidem interponet, ut ex *l. pen. de Inter. in jur. fac.* aliis monuimus; Si per alios probanda sint facta, Judex per Interlocutionem partibus id injungere debet; quam nostrates ad articulos seu *puncta officii* vocitare solent, qua partibus alioquin ipsis, post conclusionem scilicet, in causa factam, præcluditur, sed Judicis officio non obstat conclusio; *Judici nunquam*, sic vulgo ajunt, in causa *concluditur*. Facta interlocutione ejusmodi ex officio, Actor vel cui probatio incumbit, petit, adversarium citari, ut primo quidem respondeat; Dein testes & instrumenta justo tempore producat. Ipsi vero litigantes nihil articulis illis interrogatoriis addere possunt. Sed collectionem quandam sive deductionem juris & facti, e responsionibus adversarii, testiumque, vel argumentis instrumentorum rationumve judicibus exhibere possunt.

13. Quamvis autem Interlocutiones hoc sensu a sententiis distinctæ sint, nec ideo exinde nascatur Actio, vel Exceptio rei judicatæ, non est tamen quod inrevocabiles ejusmodi sententiæ esse negentur; nec ideo si rursus idem contendatur, exceptio negari posset, ad instar exceptionis rei judicatæ; quam nec hodie dubitamus hoc ipso nomine designare; quia nunc ita obtinet, ut ab initio diximus, quod Sententiæ distinguantur in Interlocutorias & Definitivas: quod nec ab usu juris valde remotum esse, probatur ex eo, quod de variis Interlocutionis significationibus, modo præmisimus ex *l. ult. in pr. C. de sent. & interlocut.*

DE FORMANDA SENTENTIA.

14. PORRO circa solennem Sententiam considerari potest ejus conformatio, Judicis officium, potestas, dictum, pronuntiatio, & effectus. In confirmatione videndus primo Judex, de quo diximus ad *tit. de Judic. part. præc. p. 701. & seqq.* Sed in conformatione sententiæ non nihil habet momenti numerus. Longe enim expeditior est sententias ferendi ratio, quando unus; ut fere apud Romanos eveniebat, quam plures extant judices. Ubi dixerimus, quid singulare sit in pluribus, dein simplicius, quid in uno judice spectandum sit, videbimus. Primum de pluribus dictum Celsi occurrit, *Duo ex tribus judicibus, uno absente judicare non possunt*, inquit in *l. 39. h. t.* addita ratione, *quia omnes judicare jussi sunt.* De judicibus igitur Pedaneis loquitur, qui a Prætore dabantur, non de Collegio judicum, qui habent singuli jurisdictionem. Ex eodem tamen Celso, cum idem de Arbitris, quod de judicibus, relatum esset, hæc ratio subjicitur, *quia potuit præsentia absentes reliquos in consensum trahere*, *l. 17. §. ult. de Recept. qui arbitr.* quod de collegiis æque dici potest. Neque tamen est dubium, quin secus in his obtineat, *l. 3. & sequ. Quod cujusque univers. nom.* Idque seculo nostro juris indubitati habetur. Etenim si omnium præsentia judicum esset necessaria, tarditas in rebus agendis inde resultaret insuperabilis. Nec est hoc unius Curiæ singulare; sed quotidie accidit, ut non modo propter iter & morbum, sed etiam ob cognationem, adfinitatem, ac id quod interest, plures judices abesse cogantur, nec ambigitur, quin reliqui jus Collegii retineant, valideque rem judicatam faciant, etsi major quoque pars fortuitis vel necessariis de causis abfuerit, quemadmodum in nostra Curia accidit in causa *Jacobi Hillebrants J. U. Dris, contra Gerardum Zachæum Consulem, &c. anno 1640.* in qua ex duodecim dominis octo excusabantur; Cæteri tamen quatuor soli jus dixerunt, Dni *Andre, Niis, Kinnema, & Nauta*, qui retulit; & memini, cum tres tantum superfuere. Contigit etiam, ut major pars Curiæ mortibus exinanita fuerit, atque ex his aliqui subinde abessent, jurisdictio tamen Curiæ nunquam cessavit.

15. In eo minus est difficultatis, inter præsentes & dissentientes prævalere plurium sententiam, *l. 36. h.* sufficit enim in judicibus, etiam datis, omnes judicasse, licet discrepaverint, ut idem Celsus tradit *d. l. 39.* Quod si a pari judicum numero dissonæ proferantur sententiæ, quid juris sit, ambigitur. Modestinus respondit, utramque sententiam in pendenti esse, donec competens judex unam earum confirmaverit, *l. 18. h. t.* Is autem in confirmando sequitur, in causis quidem liberalibus favorem libertatis, *l. 38. h. t.* In Querela inofficiosi favorem ultimæ voluntatis; nisi tamen aperte liqueat, iniquam pro scripto herede sententiam esse latam, *l. 10. in pr. de Inoffic. test.* In cæteris vero causis pro Reo pronunciandum est, eoque forsitan, quod de inofficioso testamento

dictum

dictum est, referri potest. Nam exheredatus agit, scriptus heres est reus: Alioqui magis est, ut & exheredatio sit odiosa, quemadmodum in loco vidimus, *d. t. n. 21.* Plerumque aliter distinguunt; legem 38. de judicibus pedaneis, *l. 38.* de judicibus suam jurisdictionem habentibus intelligi, D. Wissenbach. *h. t. th. 4.* Verum in *l. 38.* de judicibus etiam datis agi, probant sequentia, & quod plerumque de judicibus dicta simpliciter, de pedaneis sive datis intelliguntur. Hoc etiam addendum superioribus, etsi quorundam absentia non impediat, quo minus præsentes officio suo fungantur, si tamen tot suffragia non consentiant, quin adhuc absentes eam mutare possint, expectandum esse, dum & reliqui sententias suas dixerint; quo forte non immerito argum. *d. l. 39. h. t. & l. 17. §. ult. de Recept. qui arb.* referri potest. Quarum ratio quoque fortius in causis criminalibus, aliisque majoris momenti, valet hodieque, ut omnium judicum sententiæ necessario requirantur; quia fieri posset, ut reliqui tam valide suas rationes adstruerent, uti cæteri suas opiniones illis adjungerent, quo spectat *d. l. 17. §. ult.* Atque ita distinguendum videmus inter eos, qui ut suspecti, & qui fortuito absunt. Priorum absentia non minuit reliquorum auctoritatem; etsi jure civili Surrogatio fieri soleat, *l. 16. & ult. C. de Judic.* quæ hodie in perpetuis collegiis rarius frequentatur. Sed fortuitæ absentiæ paulo aliam, sicut diximus, habent rationem.

16. Quæ autem est ratio, quod in dubio & in pari sententiarum numero Reus præfertur? Est ea non tantum, quod Reus est favorabilior quam Actor, *l. 125. de R. J.* Sed hæc inprimis, quod status negotii mutari nequeat, nihilque novi fieri possit, si in neutram partem causa mutandi prævaleat: ideoque si judices, quorum est hæc potestas, votis sint pares, actor vincere non potest, quia victoria non nisi a viribus superiore proficisci potest: Et quia publici juris ratio non fert, ut lites sine exitu pendeant, Rei absolutio fit necessaria. Hinc intelligi potest, quid facto sit opus, si petatur alienatio bonorum minoris, aut Ecclesiæ, si venia ætatis, similiaque rogentur, in quibus non est Actor & reus; paribus sententiis venia negatur, quia concessio veniæ aut alienationis, est aliquid novi, quod sine prærogativa suffragiorum produci non potest. Ac ita Curia nostra servat, nominatim in causa Nobilis matronæ Helenæ a B. viduæ de H. *d. 31. Januar. 1680.*

17. Momentum utriusque rationis, quæ est, de Rei favore, & novatione non facienda sine potiore numero, concurrit in hoc quæsito frequentissimo; Reus citatus proponit exceptionem v. gr. fori declinatoriam; Paribus suffragiis rejicitur, atque admittitur. Quæritur, rejectio, an admissio prævalere debeat. Aliquoties ea de re in Curia disceptatum, tandemque receptum est, Rejectionem esse præferendam, hac ratione, quod Excipiens ea parte sit actor, juxta regulam, quod Reus in exceptionibus actor sit, *l. 1. de Exception.* Ita placuit *d. XI. Februarii,* & rursus *d. 17. Sept. 1680.* Non deerant tamen, qui pro admissione starent, hac ratione; Quod rejectio exceptionis declinatoriæ, ferat aliquid novi, per quam Excipiens ex foro competente trahitur in aliud, cui prima saltem instantia non est subjectus. At illud novum effici non potest, nisi per potentiorem novandi causam, quæ nulla est in pari judicum numero. Idem est in Exceptionibus reliquis. Excipiens enim vult rem in *statu quo,* ut loquuntur, retinere, cujus mutatio res nova est, egens potentia vincendi, qua par numerus caret. Argumentum contrariæ opinionis ex *lege 1. de Exception.* respicit ad probationes, quæ ab affirmante proficisci debent, etiam ab Reo scilicet, quando is affirmat: Sed in aliis rebus non amittit favorem legis; Manet reus, & admissio exceptionis pertinet ad liberandum eum; in quam partem oportet esse proniores, quam ad condemnandum, *l. 47. de O. & A.*

18. Plane igitur in mitiorem sententiam paribus sententiis est inclinandum. Neque res admodum est dubia, si duæ sint contrariæ judicum sententiæ. Verum si tres, aut plures collidantur opiniones, sæpe fit, ut quæ quibus jungendæ sint, ambigatur. Nota est Plinii disputatio in *l. 8. ep. 14.* Plerique fundamentum ponunt in rebus sive materia judiciorum. Distinguunt inter sententias, quæ totis rebus differunt, & inter eas, quarum una partem alterius continet. Hinc negant, relegantes vel fustigantes conjungendos cum absolventibus. D. Wissenbach. *h. t. th. 4.* ex Grotio *2. de J. B. & P. cap. 5. n. 18. & seqq.* Nec abludit Cujacius *12. obs. c. 16.* qui exinde ponit hanc speciem; Tres judices capite puniunt, duo pecunia, duo exilio. Vult graviorem sententiam, quæ capite punit, cum potior sit numero duabus singulis, esse præferendam, *quia diversarum sententiarum coitio,* inquit, *non est adversus eam, in qua sunt plures idem sentientes.* Videndum est, ne non convenientius sit, ex præsumpta voluntate opinan-

opinantium, magis quam ex natura vel proprietate materiæ subjectæ, hujus rei petere decisionem. Sic præeunt Julianus & Ulpianus; Ex tribus, ajunt, arbitris unus in quindecim, alius decem, tertius in quinque condemnat, quæritur, qua sententia stetur, & scribunt, quinque debere præstari; quia in hanc summam OMNES CONSENSERUNT, *l. 27. §. 3. de Recept. qui arbitr. recep.* Putem igitur in exemplo Cujaciano, duos, qui in pecuniam condemnant, esse conjungendos cum relegantibus; quia sine dubio malunt relevari quam capite puniri eum, quem pecunia duntaxat mulctant. Idem erit in hoc, quod Cujacius etiam contra ponit; Si tres capitis damnent, unus deportet, unus releget, unus fustibus, ultimus pecunia plectat; Tres posteriores cum deportante conjungendi videntur, ut sic quatuor adversus interficientes prævaleant, quoniam hoc malle videntur. Sic apud nostram Curiam servatum vidi. Sex Domini e duodecim volebant reum fustigari & stigmate inuri, quinque fustigari tantum, unus eum torqueri volebat. Hic cum fustigantibus est conjunctus, ac ita sex mitiores prævaluere sex severioribus, *ante ferias Pentec. 1680.* Quin etiam absolventes ex eadem præsumpta voluntate judicum cum mitiore pœna conjunguntur, quod illi valde negant. Exemplum fuit hujusmodi: Sex domini reum ad virgas damnabant, tres in opus publicum, tres absolvebant. Senatus Curiæ conjunxit trinos posteriores & mitiores, contra sex graviores, quia non poterat dubitari, quin absolventes mallent eum mitius, quam severius puniri; Sed in eadem causa placuerat primo, ut ex trinis mitioribus prævalerent lenissimæ, & conclusum erat in absolutionem. At hoc merito retractatum est, absolventesque conjuncti sunt cum relegantibus in opus publicum. Nam hi non poterant dici, quod vellent absolvi; absolventes omnino malebant, ut minor pœna quam gravior locum haberet. Mitiores igitur cum mediis conjungendi; quam Alciati esse sententiam, testatur, at non probat Cujacius *d. loco.* Proinde lata est sententia ad opus publicum temporar. *ante easdem ferias an. 1680. Rea Elle Peeters.*

9. Sed notum est, causas in Judiciis aut viva voce patronorum, vel scripto disceptari, qua de re, ac utra methodus præstet, egimus *ad tit. de Postul. Rubr. de Advocatis.* Ista diversitas in sententiis ferendis hunc habet effectum, ut quibus in locis omnia, vel pleraque majoris momenti scripto peraguntur, cum Judices ibi non audierint causam, scripta partium legenda sint, quod fieri debet ab omnibus, vel ab uno, qui referat ad cæteros. Prior modus est molestior, sed tutior; alter expeditior, sed artis majoris, & suspectior. In locis, ubi multitudo causarum & moles scriptorum id fieri permittit, satius est, omnia simul aut seorsim ab omnibus legi: quod fit in nostro foro: Simul ab omnibus in causis gravioribus; Seorsim a singulis in levioribus. Audita lectave causa, judices suffragantur; quod fit vel colloquendo deliberative, conferendoque rationes, ac ita concludendo: vel determinatis ex continenti singulorum sententiis. Prior modus facit, ut pleræque sententiæ unanimiter ferantur. Posterior ad discrepantias quidem est facilior, sed facit, ut singuli exactius ferant judicium, meliusque rebus attendant: Denique, prior iste modus facit, ut jurisdictio fere sit in manu seniorum & peritiorum. Ideo posterior modus in nostra Curia more majorum receptus est, ac ita quidem, ut novissimus Senatorum primus sententiam rogetur. Cujus rei hæc videtur esse ratio: Ne juniores antecessorum sententias in curia vel reverentia, sequi discant, ac ut ipsi vires ingenii atque judicii, inde mox ab initio acuant, atque experiantur.

POTESTAS ET OFFICIUM JUDICIS.

XX. *Officium Judicis respectu Legis & æquitatis.* *XXI. Quid si conflictus sit inter legem, & jus divinum, ubi sententia Sandii ex M. S. posse Judicem sequi jus divinum præ Statutis.* *XXII. Improbatur sub temperamento.* *XXIII. Quatenus judex Leges a Jure divino discrepantes sequi possit.* *XXIV. Jus suppleri a Judice posse, non facta.* *XXV. An Princeps ex sua solius conscientia judicare possit.* *XXVI. Non dari casus* pro amico.

20. QVæ *superius* dicta sunt, ad plures numero judices habent relationem; pauca de Judicis officio, seu plures sive singulæ sint personæ, supersunt. In summa diximus *ad tit. Inst. de Offic. n. 2.* Judicis officium esse, ita judicare quemadmodum Legibus & moribus est proditum, *pr. I. d. t. l. 13. C. de sent. & interlocut.* adhibita scilicet æquitatis arte, secundum ea, quæ dicta sunt *ad tit. de Justit. n. 11.* videlicet, si verba legis pugnare videantur cum verosimili mente legislatoris, ut tum

mentem potius quam verba sequatur, *l. 8. C. de Jud.* Quod si mentis & verborum nulla pugna liqueat, Lex tamen sit dura & iniqua, Judicis officii non est, aliter statuere quam Lex ferat, *l. 12. §. 1. in fin. Qui & a quib. manumiss. lib.* cum id solius sit Principis, *l. 1. C. de LL.* Quid si tamen Lex sit contra jus Divinum, vel recedens a jure divino, possitne Judex a Lege sive statuto recedere, & sequi jus divinum forense, quæstionis est. Plane, si contingat, Legem esse latam sive Statutum, (Liberi tamen populi,) quod vere pugnet cum jure divino cordibus insculpto vel nobis tradito, velut si puniantur res honestæ, vel turpia sanciantur, non esse recedendum a Præcepto principis Apostolorum, Deo magis obediendum esse quam hominibus, statuendum. Sed quomodo, an judicare potest aliter quam Leges ferunt? Non potest, hoc enim est summæ potestatis, *d. l. 1. C. de LL.* verum, si re ad Principem relata, nihil expediat, magis est, ut judicandi officio abstinendum videatur.

21. Quid ergo, si Lex divina super eodem facto aliud statuat, annon hoc potius quam Statutum sequi potest? Ita sensit olim vir graviss. Jo. a Sande in *not. ad lib. 3. statut. Frisf. tit. 11. art. 3.* ubi pœna adulterii pecuniaria. Verba ex ejus MS. excerpta hæc sunt: *Quari hic potest, utrum pœna hac Statutaria*, (olim sc. 50. nunc 200. florenorum,) *sublata sit pœna, jure divino & jure communi* in adulteros constituta. Sane, *quamvis regulariter per pœnam statutariam abrogata censeatur pœna Juris communis*, Jul. Clar. *§. fin. Quæst. 85.* Fachinæ. *lib. 9. controv. c. 1. præsenti tamen casu secus dicendum videtur. Nam quando pœna juris communis etiam jure divino prodita est, tunc eam Statuto sublatam non esse, verius est; cum inferiores supremi illius Dei Legem tollere nequeant.* Panorm. *in cap. In Dioces. 15. in fin. X. de Usur.* Bald. *consil. 76. incip. forma statuti. in fin. lib. 2.* Ludov. Rom. *cons. 12. incip. viso facto proposito. n. 2.* Quamobrem etiam, non obstante hac pœna statutaria, Judex nihilominus pœnam Juris divini dictare potest, ut est elegans in terminis Decisio Johannis Fabri, *§. item Lex Julia. n. 3. de publ. Judic.* Potest dici, quod pœna Lege divina statuta, non tollitur, neque mutatur per constitutionem hominum, sed alia additur, quæ non tollit aliam, & ideo videtur, quod Judex etiam posset adulteros punire ad mortem, quamvis de jure vel consuetudine alia pœna sit. Hæc Faber. *Præterea quando delictum, pœna Statuti non sufficienter punitur, non censetur abrogata pœna juris communis, quia verosimile non est, id re & judicio tacito facere voluisse*, quod verbis expressis facere nefas duxissent. Et hanc sententiam confirmat Aymon. Cravetta in *tract. de Antiqu. temp. part. 4. §. 2. n. 6.* ubi ait; Sibi aliquando in Quæstione Falsi allegatum fuisse quoddam ejus loci Statutum, quo Falsum 20. solidis Turonensibus coërceretur, seque tum monitum, ut juramenti sui, quo se Statuta observaturum promisisset, recordaretur: verum se non obstante Statuto illo, pœnam Juris communis dictasse, respondetque ibi ad objectionem illam, juramentum de Statutis servandis a se præstitum, restringi oportere ad statuta valida & justa, non autem ad invalida & iniqua, utpote quæ delinquendi occasionem præbeant. Adde Menochium *lib. 5. præsump. ult. num. 23. & seqq.* & Jacobum Schultes. *in addition. ad Modestin. Pistoris part. 2. Quæst. 58. num. 85. & seqq.* Hactenus Sandius sua manu, ut mihi adfirmavit ejus optime gnarus Vir genere & virtute Nobiliss. Hero ab OCKINGA, Senator olim supremæ Curiæ, Academiæ Curator, & dein Quæstor Frisiæ Generalis, qui Statutorum Frisiæ, manu Sandii illustratorum, mihi copiam aliquando fecerat.

22. In hac disputatione duæ sunt positiones summæ, Una, quod pœna Legis divinæ per diversam Statuti pœnam non sublata, verum alia super aliam addita sit. Altera, quod Judex iniqua Statuta, rebus judicatis exsequi & confirmare non teneatur. Ego primam positionem veram esse, non puto. Nam pœna qualibet Lege constituta, delicti æstimatio est, nec est æquum, multo minus Legislatoris menti conveniens, ut unum idemque delictum variis æstimationibus coërceatur, ut docet Papinianus *in l. 41. de Pœn.* Quando igitur Statutum, (intelligimus Legem civitatis liberæ,) diversam a Lege Divina pœnam constituit, non potest ejus animi esse, ut Legem supra Legem cumulet; sed aliam delicti facit æstimationem, quod pro diverso cujusque Reipubl. statu fieri posse, docet idem Sandius *lib. 5. Decis. tit. 9. def. 9.* quæ mihi cum his allegatis parum convenire videntur. Secunda positio; Judicem ad iniqua Statuta servanda non teneri, concedi potest, eo sensu quo diximus, eum non teneri judicatis exequi manifestas iniquitates; sed nec id concedendum Judici, ut conscientiæ prætextu secundum leges cerebri sui, vel diversæ Reipubl. (quales etiam sunt Mosaicæ, quas Deus non tulit hoc animo, ut omnes populi illis parerent,) spretis

spretis patriæ Legibus, etsi duris & iniquis, jus dicat. Quo minus idem judicandi officio se abstineat, impediri non potest, neque debet. An vero salva conscientia potest Judex sequi dictatum Legis iniquæ, & an necesse erit, ut tali casu judicando abstineat? Si lex toto genere sit iniqua, si honestatem pietatemque puniat, & contraria sanciat, omnino abstinendum. Si modum inclementiæ vel severitatis excedat in puniendis delictis, remissiorem quidem pœnam tuto infligere posse videtur, quia quatenus punit, recte agit; quod durius non punit, id non est in ipsius manu. Quando vero Lex severitatis excessu tantopere peccat, ut salva conscientia, etsi factum sit turpe, judex eam pœnam exercere nequeat, haud facile dictu est, quid faciendum; nisi quod antea diximus, ut judicando abstineat, quod & de tormentis examinandi causa solitis adhiberi, pro illis, qui hæc improbant, tenendum videtur.

24. Hactenus de Jure, quo plura spectantia vide apud Ant. Matthæum *disp. XI. de Judic. a pr.* Quibus & hoc adde; quod Judicis officio consentaneum sit, rationes Juris, quas partes earumque Advocati minus aliquando suggerunt, in examinanda causa formandaque sententia supplere, qua de re est *l. un. C. Ut quæ desunt Advocatis part. Jud. suppl.* ubi: *quod sciat Legibus & juri publico convenire.* De factis idem Judici nequaquam licet, verum in his acta probata sequi, nec ullo modo excedere debet, *l. 6. §. veritat. de off. præs. l. 3. de Testib.* non modo quæ a partibus omnino sunt omissa, solique cognita judici, verum nec ea, quæ certo aliter ipsi constant, qua de re diximus ad *tit. l. de off. Jud. n. 2. 3.* ubi excepimus eos, qui ἀνυπευθύνως judicant, hoc est ita, ut judicati rationem reddere non cogantur, & quorum sententiæ retractari nequeant.

25. Qua parte dissentire videtur A. Matthæ. *in disp. de Judic. th. 13.* Vult consilium, quod Azo dedit Præsidi Bononiæ, qui cædem admitti, sine teste viderat, ut deposita judicis persona fungeretur officio testis, in ipso Principe servari. *Quid enim absurdi,* inquit, *vel ipsum Principem testis officio fungi?* Nihil in eo quidem absurdi, rectissimeque Principem summum ita instituentem, esse facturum existimo. Sed quæritur de potestate, quid facere possit de jure, non quid facere debeat ex Lege prudentiæ. De jure, distinguendum, sit ne Princeps, cui summa potestas simpliciter est delata, cuique nullis legibus præjudicatur; an vero sit talis Reip. moderator, in qua Leges non permittunt aliter, quam ex ordine Legibus præscripto, aliquem damnari. Priore casu Principem, cui de facto plane liquidoque constat, sine testibus sententiam ferre posse, credidi, nec aliter sentio: Posteriore casu in sententiam *D. Matthæi* concedendum puto.

26. Potestas Judicis legibus & conscientiæ religione circumscripta, nullo modo est arbitraria, ne quidem casibus ambiguis, quos casus *pro amico* vulgus appellat. Debet hoc serio agere, ut animi judicium trutinatis exacte rationibus, Deo quoque, ut est rei momentum, ardenter invocato, in alterutram partem inducat, atque ita rectissime Decius *cons. 176. n. 6. incip. viso themate.* judicem in casu valde dubio sequi posse opinionem, quam ei conscientia dictat, voluit. Quod si dubitationem superare nequeat, aut medietas facienda secundum id, quod diximus *in fin. tit. de Reb. dub* aut pro reo pronunciandum, *arg. l. 125. de R. J. l. 47. de O. & A.* Recte etiam Princeps consulitur, *l. 1. l. 9. & l. ult. C. de LL. l. 11. l. 13. & l. 18. ff. eod.* A. Matth. *disp. XI. de Judic. th. 8.*

DICTUM SENTENTIÆ.

XXVII. Dictum sententiæ qua lingua concipiendum. XXVIII. Pars ejus prima; In quos dictum sit concipiendum, & quo modo Procuratores juxta dominos recenseantur. XXIX. Partis II. Dicti Sententiæ articulus primus, continens præfationem judicis. XXX. Articulus II. & præcipuus, absolvens aut condemnans. XXXI. Materia sententiæ principalis. XXXII. An valeat sententia, si quædam omissa fuerint. XXXIII. De certitudine condemnationis. XXXIV. An conditio adjici possit sententiæ. XXXV. Nihil in sententiam posse conferri, quod in petitione non fuerit. XXXVI. Aliquando ex conclusione Rei sententiam ferri. XXXVII. An si omissa sit fructuum & impensarum condemnatio, nova de illis actio detur.

27. POstquam judices officio suo diligenter functi, quo pacto sententia ferenda sit, constituerunt, DICTUM ejus formare debent, quod lingua Latina concipiendum esse, docet *lex 48. de Judic.* quamvis & Græce permittat *Lex 12. C. de sent. & interlocut.* Et exemplum sententiæ Græcæ, est in *l. 9. §. 81. de Pœn.* Nec dubium quin præsides, cujusque gentis, cui præfuere, lingua, senten-

sententias proferre potuerint, juxta Latinam, quemadmodum Pontius Pilatus Hebraice elogium cruci Servatoris nostri adfixit. Hodie non est quod ea de re laboretur, nec dubium, quin Lingua communi ferenda sit sententia; Communi, inquam, non cujusque nationis dialecto speciali; Nec enim in agris Frisiæ, ubi utimur Lingua Frisonica antiqui germanismi, hac feremus sententiam, sed Belgica: Quod & in Gallia, ubi Vasconica aliæque provinciales dialecti non minus deflectunt, servabitur.

28. Porro Dictum Sententiæ constat duabus partibus; Una, quæ nomina qualitatesque partium; Altera, quæ judicatum continet. Nominari debent, in quos sententia fertur, & hi sunt, quibus cum Litis Contestatio facta est, *l. 1. C. de sent. & interloc.* ubi reprehenditur sententia Præsidis, qui cum cognovisset inter petitores & procuratorem, ipsum dominum Litis condemnaverat, etsi persona ejus in judicio non fuisset, Quæ dicitur esse nullitas *ibi*, ut causa de integro sit cognoscenda. Quod eo pertinet, quia Procurator litem contestando fit dominus Litis. Atqui in nostris Foris semper in sententiis mentio fit primo loco Procuratorum, & secundum eos dominorum Litis: Etsi litis contestatio inter dominos litis solos perpetrata fuerit ac ita soleat fieri. Sed in memoriam revocanda, quæ ad titulum de *Procuratoribus*, demonstrata sunt; quando in Legibus sermo fit de procuratoribus, non intelligi procuratores publice admissos, quales nostri, & quales tum temporis nulli erant; sed mandatarios, qui amicitiæ causa lites aliorum urgebant. De talibus hodieque verum sit, quod habetur in *d. l. 1.* si absentis amici mei rogatu causam ejus judicio persecutus fuero, & Procuratorem publicum ad eam rem adhibuerim, (ut in nostris Foris solet, ac debet,) qui meo nomine tanquam mandatarii, litem contestatus sit; & tamen Judex in dominum causæ ferat sententiam, non valiturum esse judicatum. Sed Procuratores nostri, ut ministri duntaxat adhibentur, eoque respectu in sententiis commemorantur, additis immediate ipsorum dominorum nominibus, quorum nomine Litis contestatio facta. Et hoc mihi novum est argumentum, quo probo, falli eos, qui exinde quod Procuratores publici in sententiis primo loco memorantur, quasi hi quoque sint domini litium, putant. Nam quorum nomine litis contestatio facta est, in hos quoque tanquam dominos Litium, fertur sententia. Sed dominorum, non procuratorum, nomine facta est litis contestatio: In hos igitur neque sententia fertur, etsi primum occupent locum, neque domini litium fiunt, aut fuisse creduntur: sed ipsi, ad quos ea res pertinet; Ita nempe, ut mandatarii, quos dicimus extrajudiciales, qui Procuratores & ipsi alios judiciales constituunt, pro veris litium Dominis habeantur. Cæterum, qualitates litigantium ex ipsorum scripturis, scilicet Actoris e Libello, Rei ex ipsius Responsione, non ex eo, quod Actor in libello ipsi adscribit, petendas esseratio, & usus voluit.

29. Pars secunda Dicti bimembris esse consuevit. Prima mentionem Judicis summæque potestatis, a qua judex habet auctoritatem, & τὸ ἦθος præ se fert. Τὸ ἦθος judicis intelligimus in eo, quod præfatur, se deliberato consilio ferre sententiam, considerasse quicquid in ea causa æstimari debuerit. Auctoritas consistit in laudando Principe, vel eo qui jus Principis habet, declarandoque, ipsius nomine ferri sententiam. Antiquitus enim Reges ipsos jus dixisse, eaque gratia primum esse constitutos, satis constat. Cicero: *Fruendæ justitiæ causa, reperies olim bene moratos Reges constitutos. lib. 2. de offic. c. 2.* Hesiod. Theog. v. 88.

Τοὔνεκα γὰρ βασιλῆες ἐχέφρονες, οὕνεκα λαοῖς
Βλαπτομένοις ἀγορῆφι μετάτροπα ἔργα τελεῦσι.

Hac una Reges sapientes Lege creantur;
Dicere jus populis, injustaque tollere facta.

Saltem ut summa ad eos provocatio esset: qua gratia Carolus Magnus in quaque hebdomade unam diem civibus adsignaverat, eaque de re extat ejus *Constitutio*. Postea Reges solum jus publicum sibi suisque Consistoriis servarunt, res judicandas Curiis judicum inferioribus & supremis delegarunt. Porro in nostris Tribunalibus recepta est hæc formula: *Nomine Dominii provinciæ Frisicæ. Uit den name ende van weegen de Heerlijkheijt der Landtschappe van Frieslandt.* fere ut olim in Hollandia: *Uit name van de Hooge Overigheijt ende Graeflijkheijt van Hollandt* &c. Nostra memoria, cum Proceres ibi in animum induxissent, civibus omni modo inculcare, quos penes summa potestas Reipubl. esset, eaque verba minus clare id indicare viderentur, exiit Decretum, quo jussi sunt ferre sententias Judices, tam inferiores quam superiores, *uit Name ende van weegen de Staaten van Hollandt, &c.* Et merito. Cum enim summa potestas sit Facultas personalis, & priora verba Majestatem quandam Realem præ

præ se ferrent, danda fuit opera, ut personæ summa potestate præditæ demonstrarentur. Apud nos illa mutatio non obtinuit, nec scio, an tam facile reciperetur: quatenus Curia Suprema justitiam heic alio jure, quam forsitan alibi, stabilitam interpretatur, ut patuit ex libro, hac de re nomine Curiæ edito *anno 1662.*

30. Sequitur ultima & præcipua pars, Caput sententiæ, Condemnatio vel Absolutio. Sciendum autem, sententias bifariam concipi: Uno modo, cum tota causæ narratio, factique & juris merita recensentur, iisque absolutio vel condemnatio subjicitur; Altera, cum dictum Sententiæ, de quo nunc egimus, ad absolvendum vel condemnandum breviter collocatur. In his autem brevibus dictis, non incommode quædam declaratio causæ, fundamentum condemnationis exhibens, præmitti solet: Nam in absolutione cum nihil novi disponatur, brevioribus esse licet. Declarationis ejusmodi brevis exempla passim habemus, ut in *l. 18. C. Ex quib. cauf. infam.* Ἐσυκοφάντησας, *Calumniatus es.* Προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Ne temere jurato, l. 13. in fin. de Jurejur.* cui pœna scilicet addebatur. Ita ad Hereditatis petitionem, Actor primo declaratur heres; tum, ut Hereditas restituatur, condemnatio. In Rei vindicatione, primo Res propria declaratur, dein condemnatio ad restituendum. In hypothecaria, Res hypothecæ obnoxia declaratur, & consequenter restitui jubetur. In personalibus judiciis, idem quidem institnitur, non tamen semper; ut primo quis declaretur alteri debere centum, & dein condemnetur ad solvendum. Inferitur hoc quidem sententiis quandoque, si Actor ita formavit conclusionem; sed magis supervacue, quam ubi ex jure in re constituto agitur, quod prius expedit stabiliri, quam præstatio inde resultans exprimatur & injungatur. Sed quia condemnatio vel absolutio in personam dirigitur, nihil opus est, jus in personam competens ingeminari: nec tamen inepte adjicitur. Ita factum *in l. 75. de Jud.* Judex *pronunciavit absentem debere*, sine dubio ex speciali causa, cum condemnatione ad solvendum, etsi hoc ut per se notum, omisit Julianus: Nisi quis putet, in superioribus exemplis sententiam, Ἐσυκοφάντησας, Προπετῶς μὴ ὄμνυε, non fuisse condemnationem certæ pœnæ adjectam. Idem de pronunciatione, *quod servus in causa redhibitionis fuerit*, adferendum puto, in *l. 21. in pr. de Ædil. Ed.* Quid si tamen non subjecerit verbis expressis condemnationem, sed aliud nihil dixerit, quam, *Titius Cajo fecit injuriam; Cajus Titium calumniatus est.* nunquid ex tali pronunciatione dabitur actio judicati? Videtur esse danda, si ipso jure determinatum sit, quid exinde sequatur, ut nulla opus sit collectione ad condemnationem eliciendam, ut in *l. 1. §. 4. ad SC. Turpil.* Si vero non sit determinata, nec id ultro inde sequatur, non potest fieri, ut inde detur actio. Sed non credo id unquam usu venturum & si contingat, difficulter ad condemnationem ejusmodi sententiam valituram, ad absolutionem facilius. Plane, verbis *absolvendi, condemnandi*, non præcise utendum; sufficere, si Judex æquipollentibus utatur, facile conceditur, A. Matth. *d. disp. de Judic. th. 51.*

31. Hæc ad formam Condemnationis spectant. Materia distingui potest in principalem & accessoriam. Principalis circa rem in judicium deductam vertitur. Accessoria circa Fructus, Usuras, Expensas, & id genus alia. Quod ad utramque, cavere debet judex, ne de alia re judicet, quam quæ in judicium deducta fuit, *l. ut fundus. 21. de Comm. divid.* Quid veniat in judicium, ex intentione non rei, sed actoris æstimabit, *l. solemus. 61. de Judic.* Intentio actoris si ambigua fuerit, id capiet, quod utilius est petitori, *l. signis. 76. eod. tit.* Quod autem post litem contestatam accidit, hoc non potest videri in judicium venisse, licet deinde fuerit allegatum, sed novæ instantiæ reservandum est, *l. 23. d. tit. de Judic.* Multo minus, si Reus alias res, licet cohærentes objecerit, horum in sententia ratio haberi potest, per *d. l. 61. & l. 23.* Exemplum: Conveniebat aliquis Tertium judicio communi dividundo, de quinque distinctis agris communibus. Titius respondebat, non quinque, verum sex agros esse communes, nolle se nisi omnes dividere, & offerebat divisionem sex agrorum, quinque recusabat. Consultus a Judicibus, an Reus sub hac oblatione non esset absolvendus. Respondi, quinque tantum agros in judicium esse deductos, nec Reum augere posse per modum responsionis intentionem, debuisse illum sextum addere per Reconventionem. Qua omissa, videri condemnandum ad divisionem agrorum ab actore in judicium deductorum, salvo jure agendi de sexto per novam instantiam. *ante ferias Caniculares 1689.*

32. Cæterum, de præstationibus ad res in judicium deductas pertinentibus, æque respectu Rei quam

quam Actoris esse judicandum, nulla dubitatio est. Adeo, ut si in unius persona damnatio sit omissa, nec in alterius persona valeat, *l. 27. D. Fam. ercisc.* addita ratione, *quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Unde recte Dd. observant, de tota re in judicium deducta judicandum esse, de parte si judicatum sit, nullius momenti esse sententiam, quod & Cujacius inde colligit, *lib. 23. obs. 1.* A. Matth. *d. disp. XI. th. 56.* Quod est verum, quatenus una res in judicium est deducta. *Quod si multa sint in lite capita, potest Judex super quibusdam eorum sententiam ferre definitivam, tuncque iterum de aliis quaerere, & sententiam proferre, quae ipsi videatur, neque compellatur unam sententiam de omnibus capitibus simul dicere.* sunt verba Constitutionis Justinianeae in *l. pen. C. de Sentent. & interlocut.* quae non extat in veteri editione Codicis, sed ex Basilicis suppleta est. Plane, si in judicio causa Conventionis & Reconventionis agatur, vel diversis instantiis plures causae in unum judicium redigantur, posse Judicem super una ferre sententiam, & alteram vel probationi, vel novo judicio delegare, probavimus *ad tit. de Judic. n. 26. in fin.* & *ad tit. de quib. reb. ad eund. jud. eat. n. 8.* Quod si in una instantia plures sint res & capita, Judicis officium est de omnibus jus dicere. At si omiserit aliquid, non est ipso jure nulla sententia; sed actio de omissis superest, ut de compensatione, cujus judex rationem non habuit, docet Ulpianus in *l. 8. §. 1. de Compensat.* Quod si pleraque capita judicii generalis decisa, quaedam rejecta vel improbata sint, actio & exceptio rei judicatae inde nascitur, *l. 8. §. 1.* Videntur autem rejecta, non modo quae nominatim improbata, sed etiam quae generali clausula repulsa sunt, hujusmodi; *de caeteris in petitionem deductis Actore repulso*; ut nostrates efferunt, *Verklarende den Impt. tot sijn verdere genomen Eysch ende Conclusie niet ontfangbaer.* Nam per hanc clausulam de capitibus omissis nascitur exceptio rei judicatae.

33. Verum etsi de re tota judicaverit, oportet tamen & certam quantitatem Judex sententia sua complectatur. Alioqui sententia inutilis est, ut si hoc modo pronunciaverit; *Quae bona accepisti, solve.* vel, *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve. l. pen. & ult. C. de Sent. quae sine cert. quant.* Aliter, *id quod actoris interest, solve*; hoc enim incertum est, *l. un. Cod. de sent. quae pro eo quod inter. prof.* Hoc ultimum ita nude collocatum in *posit. 6,* dedit occasionem Thomasio subjiciendi hoc

SCHOLIUM.

Non putem, judicis sententiam, quae reum in id quod actoris interest, condemnaverit, esse nullam. Aut enim Autor intelligit per id quod interest, totum debitum principale cum accessionibus, aut accessiones saltem. Sic v. g. si actor centum cum accessionibus a reo petat & Judex reum in id quod actoris interest, condemnet, vera quidem esset ejus assertio, sed hanc Autoris mentem non fuisse, colligere est ex Codicis titulo de sent. quae pro eo quod interest, profer. *quem hic citat, ibi enim per id quod interest, solum principalis debiti accessorium denotatur. Si posterius, v. g. si Judex reum condemnet, ut actori centum cum omni damno & interesse restituere deberet; neque probatur autoris opinio* per d. l. un. C. *utpote quae Judici saltem normam praescribit, intra quam interesse actoris aestimari debeat; neque quicquam magis in judiciis nostris frequens est, quam ut ejusmodi sententiae proferantur, ac postea ab actore terminus novus impetretur, in quo interesse suum aestimet, judexque novam super eo sententiam ferat.* vid. Brunnem. proc. cap. 72. n. 31. & 32. Ord. Proc. Saxon. tit. 36. *conf.* Autor. praelect. ad Inst. de Act. n. 23.

RESPONSIO.

Brevitas positionis nostrae huic scholio dedit occasionem. Concedo, (quis enim neget rem notissimam?) quod juxta condemnationem principalem certam, fiat condemnatio in id quod interest, quemadmodum & petitio fere semper ita instituitur. Dicere volui, condemnationem in id quod interest, esse nullam, ita factam, sicut ea quam diximus; In id quod petitur, In id quod debetur, cum usuris competentibus; *atque sicut Thomasius in primo intellectu mentem nostram accepit: Cui non obstat citata* l. un. *cum ex ea nihil aliud, quam id quod interest simpliciter dictum, esse incertum, probare voluerimus.*

N. ADDIT.

Ergo jam & de hac quaestione inter nos pax est. Quin imo cum saepissime fiat, ut petitio actoris tantum sit in id quod interest, sine definitione certae summae, manifestum est, non paucas hodieque sententias in id quod interest simpliciter esse concipiendas; non tantum quando hoc est accessio, sed etiam quando totum quod petitur, in id quod interest resolvitur, quod accidit in obligationibus, quae in faciendo consistunt, imo in omni-

omnibus, quarum præstatio non habet amplius facultatem, vel cum Actori non est commodum urgere earum implementum, *l. 72. de V. O. l. 11. §. 9. de Action. Empt. & l. 13. §. 1. de Re Jud. & alibi passim.* Primo scil. an Reus ex illis causis debitor sit, disceptatur, & Actor eum debere contendens, agit in id quod interest: quod deinceps æstimatur: Ut principalis condemnatio simpliciter, inquam, in id quod intersit fiat, nec aliter omni die servatur.

34. Certitudini sententiæ, quo proxime dicta pertinent, consentaneum est, eam non recipere conditionem, quoniam hæc omnia suspendit, nihilque ponit in esse, ut loquuntur: Nec ideo partibus apta fuerit dirimendis, quem tamen sententiæ finem esse constat unicum. Quid autem, si conditio, secus ac oporteret factum, adjecta sit? Perinde valere sententiam ac si conditio adjecta non sit, post alios tradit ex *l. 1. §. 5. D. Quand. appell.* A. Matth. *d. disp. de Judic. th. 49.* Non docet hoc tamen Ulpianus, sed hoc tantum: Si conditio adjecta sit, tempus appellando præfixum computari a tempore latæ sententiæ, non a die conditionis existentis: supposito scilicet, opus esse conditione existente ad effectum rei judicatæ. Sensui enim communi adversatur, ut jus sub conditione alicui partum, etsi perperam, id ex continenti pureque valeat. Patet hoc ex *l. 37. de Excusat. Tut.* ubi talis est sententia; *Si Legitimum Tutorem habenti Tutor datus est, non est tibi necessaria excusatio.* Quæritur, an excusatus sit; negatur, etsi justas habeat alias excusandi causas, *propter vitium pronunciationis*, ait Scævola. Non valet igitur sententia, quasi conditio adjecta non fuisset, ut illi volebant; Secundum opinionem istam Tutor excusatus esset. Estne igitur ipso jure nulla sententia sub conditione tali? Nec hoc quidem; Non excusatur ibi Tutor per sententiam, quia conditio defecerat, sub qua fuerat excusatus: *Nec enim erat impuberi Tutor Legitimus.* Si fuisset, excusatio habuisset effectum ex sententia. Doctores antiqui Accursium in *l. 11. C. de Sent.* & Bartolum in *l. Ait Prætor. §. Si Judex. h. t.* secuti, distinguunt inter conditionem intrinsecam & extrinsecam. Intrinsecam vocant, quæ pendet ex actis, ut hæc, *si probatum sit, si juraveris*, qualis & illa fuit in *d. l. 37. Si pupillus habeat Tutorem Legitimum.* Hujusmodi conditionem valere putant. Extrinsecam, quæ ab Actis causæ est aliena, velut, *Si navis ex India venerit. Si Titius Consul factus fuerit*, non recte adjici volunt. D. Ant. Matthæus rejicit hanc distinctionem *d. th. 49.* Mihi verissima videtur; sano sensu. Extrinseca conditio vitiosa est, quatenus pro non adjecta habetur. Intrinseca male quidem adjicitur a Judice, qui operam dare debet, ut pure ferat sententiam, ratione superius reddita: Quando tamen adjecta reperitur, si quidem non exstat conditio, nihil habebit Actor; si extiterit conditio, habebit effectum rei judicatæ, *d. l. 37.*

Non possum etiam probare discrimen, quod idem D. Matthæus statuit inter has conditiones, *Absolvo, si juraveris, & Condemno, si probaveris, d. disp. th. 50.* Priorem dicit valere D. Matthæus, posteriorem non valere pronunciat. Imo vero neutram a Judice recte adjici, credendum est Ulpiano, in *d. l. 1. §. 5. Non debet Judex sub conditione ferre sententiam, nulla omnino;* quia partes ita non dirimuntur; quia tum non est ultima pronunciatio; quia non continet absolutionem vel condemnationem: quia conditionalia tantum sperantur, non sunt. Denique, fieri potest, adjecta conditione *si juraveris*, ut is, cui juramentum per sententiam est delatum, moriatur, antequam juraverit. Quid dices, valetne sententia, ut D. Matthæus diceret? Non potest adversario nocere sententia, cui non aliter nocere potuit, quam si alter juraverit, quod factum non est, (accidit ista species in quadam vicina Curia.) Si dicas, non valere, nihil actum erit. Præpostere igitur facit judex, absolvens vel condemnans sub conditione, *si juraverit.* Optime juridiceque in nostra Curia, jusjurandum in sententia nunquam ut Conditio, sed ut jam præstitum, poni solet, exigiturque ante pronunciationem, ut Dicto inferatur; *Geboort den Eedt.* Accursius, ait D. Matthæus *d. th. 50. valere putavit sententiam sub hujusmodi Conditione*, Condemno, si probatum sit; *sed hoc falsum est, meritoque*, pergit, *post Connanum displicuit viro ingenii judiciique recti* Francisco Sarmiento, *1. select. interpr. c. 13.* Recte illud, quod ad judicis officium attinet; sed quid, an ipso jure nulla erit omnis sententia, cui hæc sit adjecta conditio? Debuit equidem Judex eo modo non definire causam, sed interloqui: Definivit tamen, Actor est paratus ad probandum, quod probare jussus est, & probat: an non gaudebit re judicata? Nulla vetat lex aut ratio, idque in Germania sæpe fieri, scribit Strauchius *dissert. Justin. 26. num 3.* Apud nos quidem minime solet. Ipse tamen ejusmodi aliquando Sententiam apud Tribunal

exactissimum obtinui. Diversas pecuniæ summas uno libello petieram, quarum una sola probationem parum validam aut sufficientem habere judicabatur: Sed tam levis erat momenti hic defectus, ut ea gratia totam causam interlocutione sufflaminare visum non fuerit. Condemnatus igitur est reus in summas pecuniarum petitas, hac lege, si *talem* articulum probaverit Actor; *des de Impt. fal. toonen &c.* Probavi, & obtinui rem judicatam. Forte magis νομικῶς a Judice ex officio ante sententiam peti potuisset probatio, si ex continenti exhiberi posset, ut illa quidem poterat. Alioqui interloquendum fuisset, ut quidem videtur; sed totam sententiam esse nullam, lex, aut ratio juris, nulla jubet.

35. Porro ex eo, quod diximus, Judicem in ferenda sententia non posse rem in judicium deductam excedere, limitesque ejus rei, nonnisi ex libello & actoris petitione colligendos esse; sequitur, sententiam libello ejusque conclusioni conformem esse debere, nec ullo modo plus quam Actor petiit, complecti, quod vel esset stultitiæ, vel animi quo litem suam faceret Judex. Proinde quando secundum Actorem ejusque petitionem datur sententia, dictum fere ex conclusione Libelli formatur, quodque in eo non reperitur, id nec in sententiam referri potest, aut solet. Omitti quo minus aliquid possit, si non totum Actori adjudicetur, nihil obstare potest, eo modo quo dix. *n. 33. inf.*

36. Aliquando etiam ex verbis & conclusione Rei, formatur dictum sententiæ, non tantum, si absolvatur, quod est tralatitium & per se notum, sed etiam quando condemnatur, quod cum valde notabile sit, heic non est omittendum. Quando Reus Actoris petitioni se quidem opponit, attamen offert aliquid ad satisfactionem ejus, quod Judex sufficere arbitratur: ejusmodi oblatio bifariam in sententiam conferri potest, vel ut Reus absolvatur sub præstatione ejus quod obtulit, vel ut condemnetur in id quod obtulit. Prior modus in Curia nostra solebat esse ordinarius. Sed ab aliquot annis visum est potius, oblationes Rei convertendas esse in condemnationem: Idque ob hanc rationem, quod Reo sub præstatione ejus quod obtulisset absoluto, Actor non haberet actionem rei judicatæ ad consequendum oblationis effectum; quo tamen opus erat omnino. Inde factum est, primo, inquam, ut sententia e dictis Rei, non Actoris, formari possit ac soleat: Item, quod absolutoria in effectu & ex commodo Rei, speciem habeat condemnationis, nec aliter ab audientibus accipiatur. Petebat a me nuper aliquis, ut domum juxta ejus parietem structam diruere cogerer. Opponebam me scilicet, offerebamque præstationem ejus quod interesset ipsius, quod revera nullum erat. Judicatum est, hanc oblationem esse justam, & condemnatus sum præstare actori id quod interesset ipsius, ita non fuisse ædificatum: videbatur esse gravis sententia; verum ex meis verbis concepta & absolutoria in effectu.

Cæterum, quod diximus, in sententiam nihil ingredi posse, quod non fuerit in conclusione, difficultatem habet respectu eorum, quæ ut accessoria sententiis inseruntur, & quæ tacite dicuntur inesse rei in judicium deductæ; an hæc in condemnationem a Judice conferri possint, etsi ab Actore petita non fuerint. Reponam hac de re thesin, quam ut indubitati juris ponit D. An. Matthæus *d. Disp. de Judic. th. 14. in fin. & th. 15.* Veniunt, inquit, *in sententiam quædam aperte, alia vero tacite. Aperte veniunt, quæ verbis intentionis exprimuntur, l. solemus, 61. de Judic. Tacite, quæ etsi non expressa, per consequentiam & ipsa petita intelliguntur, ut fructus & reliqua accessiones rei petitæ, quæ post judicium acceptum contingunt: Quæ vero ante litem contestatam contingunt, non pertinent ad judicem, nisi nominatim petantur. l. 2. C. de Fruct. & lit. expens. l. præterea. D. de R. V. l. 40. de Hered. pet. l. 24. §. Idem sciendum. 8. de Ædil. Ed. l. 16. §. id quod amnis. D. Famil. ercisc. l. 14. §. ult. D. de Aqu. & aqu. pluv. l. 31. de Reb. cred. l. 2. de Usur. l. 16. §. interdum. de Pignor. & hypoth.* Donell. *26. Comm. 4.* Costal. *in d. l. 25.* Mornac. *in l. 4. §. 1. D. Si serv. vind.* Dein *th. 18.* ad ea, quæ tacite insunt, atque sententiæ, non petita licet, inferuntur, refert condemnationem in æstimationem & in id quod interest. Postea *th. 32.* referuntur eodem *Expensa sive sumptus litis, & damna varii generis.* Mirum, unde tanta sit a Jure Civili in Foro discrepantia: Nam Curiæ non dubitant, ea, quæ ab Actoribus omissa sunt, in sententia quoque præterire, nec ipsa Frisiorum Curia Suprema, quæ Juris Romani rationes exactissime servat. Adeo, ut si fructus impensæque non sint petitæ, licet ex natura causæ in condemnationem deduci debeant, tamen non adjudicentur, ut exemplis memini factum, etsi rarissime a Patronis in libellis omittantur. Quin ipse Mornacius, quem laudat D. Matthæus ad *d. l. 4. Si servit. vind.* idem velut ex Jure inculcat. *Nota autem*, inquit, *obiter*, petendum

tendum esse conceptis verbis id quod interest, quotiescunque contestatio fit apud Judices. Alias enim &, nisi petatur, nunquam suppletur sententia, culpaque hæc in patronum collata est aliquando ab ipsis Judicibus, *cum post latum judicium, quereretur Victor de non addictis ei detrimentis, qua ex lite traxerat: Ita ut in causa appellationis ad beneficium Legis, per hanc C. de Temp. appell. decurrendum fuerit, impetrato in id rescripto, quo perscripta paucis detrimentorum serie, restitutio adversus eam omissionem data est, admissaque de novo petitio*: Dicimus, *Pour estre relevé de l'omission faite des dits dommages & interest, & receu a en faire nouvelle demande.* Hæc Mornacius. Textus oportet ipsos videamus. Nullus eorum docet, a judice quicquam adjudicandum esse, quod non sit petitum, sed ita legimus: Quæ ante litem contestatam acciderunt, ad ejus officium non valde pertinere, nisi nominatim injuncta sint; hoc est, nisi formula Prætoris, quæ Judici pedaneo præscribebatur, comprehensa forent. Sed post litem contestatam tota causa in judicio vertitur, omniumque rerum judici officium incumbit, quæcunque in judicio versantur, ait Ulpianus *l. 25. §. 8. de Ædil. Ed.* Quod igitur Ulpianus in *l. 17. §. ult. de damn. inf.* scribit, judices omne damnum æstimare solere, *quodcunque ante judicium* contigit, eodem modo accipiendum est, *si nominatim ei injuncta sint.* Sed quod post litem contestatam accidit, non opus est, *nominatim* injungi; sufficit, generalibus verbis id in judicium esse deductum, *d. l. 25. §. 8.* Quod si plane mentio damni vel ejus quod interest, aut impensarum, nulla sit facta, nusquam legimus, opinor, judicem id in sententiam referre debere. De Expensis equidem præcipitur, victum expensarum causa victori esse condemnandum, *l. 79. de Judic. l. 13. §. 6. C. de Judic.* Sed intelligenda videtur hæc conditio, *si postulatum erit*, ut in *l. 4. §. 8. de Damn. inf.* Qui non postulat impensas, habet quod imputet sibi, quando, cujus non meminit, id non consequitur. Sic omnia, quæ dicuntur esse Judicis officii opposite ad jus actionis, de quibus actum *ad tit. l. de off. Jud.* supponunt, in judicio fuisse petita. Nam fructus etiam, qui ante litem contestatam percepti sunt, veniunt in rei vindicationem *Officio Judicis*, quos tamen petendos esse, nemo negat; dicuntur autem ex officio venire; quæ petenti actori possunt adjudicari, quanquam de illis nihil convenerit, ut pluribus in *Posit. & prælect. ad d. tit. l. de Off. Jud.* demonstratum est. Hoc certe etiam Costalius *ad l. 25.* concedit, Judicem non teneri adjudicare, quod non est petitum, etsi post litem Contestat. evenerit: Posse tamen illa, si velit, sententia complecti, existimat, cui non admodum refragari ausim, per *d. l. 25. §. 8. de Ædil. Ed. l. 13. §. 6. C. de Jud. &c.* Cæterum, quando damna, & id quod interest impensæque in condemnationem veniunt, vix aliter quam generalibus verbis adjudicari possunt, æstimatione sive taxatione, quam vocare, deinceps instituenda, sicut de eo quod interest, antea diximus.

37. Quid si omissa sit condemnatio in fructus, an actio de fructibus integra est victori? Respondet D. A. Matthæus *th. 17.* Integra est, si quidem in rem actum fuerit, aut, cum ageretur in personam, nominatim fuerint petiti, *arg. l. si homo. 8. de Re Jud. l. & ex diverso. 35. §. 1. l. solum. 49. §. 1. de R. V. l. 3. C. de Condict. ex lege. l. 4. §. post litem. D. Fin. regund.* Cujac. & Pac. *in parat. C. de fruct. & lit. exp.* Donell. & Duaren. *in d l. 8. de Re Jud.* Quid si de Expensis nihil sit dictum, an hæ post causam principalem terminatam, adhuc peti possunt? Non posse, constitutum in *l. 3. C. de fruct. & lit. exp.* Sed in patronum forsitan, si per ejus negligentiam sit omissa clausula de impensis, actio dabitur, non in judicem, per ea, quæ Mornacius habet ad *d. l. 4. §. 1. Si serv. vind.* & Costalius in *d. l. 25.* Plura de Impensis, vid. *ad d. tit. Inst.* & A. Matthæ. *d. disp. de Judic. th. 32. & seqq.* qui statuit, victum adeo victori in impensas condemnandum, ut tametsi Actor eas non petierit, imo & clausula libelli salutaris omissa fuerit, Judex tamen reum in impensas actori restituendas condemnare debeat, sub hac pœna, quod alioquin ipse ad eas præstandas teneatur. Sed neque textus supra citati, *l. 79. de Judic. l. 13. C. eod.* nec ratio, illius sententiæ rigorem ferre videntur.

PRONUNTIATIO.

XXXVIII. Dictum sententiæ e Scripto prælegendum. XXXIX. Idque partibus utrimque præsentibus. XL. Quinam vocandi. XLI. Si defecerit is, qui cum litis contestatio facta est, an opus sit readsumptione, & quatenus illa sit necessaria, vel non.

 38. Di-

38. Dictum Sententiæ compositum, emendatum, *atque in libellum secuta fidelitate collatum*, (aliter enim non valet, *l. 2. & 3. C. de Sent. ex peric. recit.*) pronunciari debet, vel potius prælegi partibus, idque ab ipsis judicibus; adeo ut si ipse judex propria voce non recitet sententiam, hæc ipso jure fit nulla, *l. 1. C. d. tit.* ubi per arbitrum intelligi judicem, patet ex eo, quod de provocatione subjicitur, juncta *l. 1. C. de Arbitr.* Excipiuntur judices illustres, qui per officium suum & per ministros recitatione defungi possunt, *d. l. 2.* quod moribus hodiernis ad omnes judices productum est. Ex scripto autem æque legenda est hodieque sententia, ne brevibus, quidem, & vilium personarum causis exceptis, quas excepit Justinianus in *Auth. nisi breves. d. tit. ex Nov. 17. c. 3. & Nov. 83. in pr.* Scriptum illud vocatur periculum, Ciceroni & Cornelio Nepoti in eo sensu usurpatum, ut probat Cujacius *5. obs. 25*, licet alii malint *breviculum*. Hotom. *3. obs. 20.*

39. Antequam Sententiæ Edictum prælegatur, partes convenire debent,* quod sine prævia citatione fieri cum nequeat, citationem præcedere oportere dicendum, *l. 47. h. t.* adeo ut sententia parte altera absente lata, non valeat, nisi contumaciter abfuerit, quando legitimis citatus edictis sistere se noluit, *l. 7. C. Quom. & quand. jud.* juncta *l. 53. §. 1. h.* Quin si partes accesserint atque alter febre correptus e judicio discedere coactus sit, sententia pronunciari non potest, & si pronunciata sit, est ipso jure nulla sententia; modo febris ejusmodi sit, ut pro sontico morbo, id est a rebus agendis impediente, haberi queat, *l. 60. h. t.* Hæc subtilitas cum ad veterem fori Romani disciplinam, qua Lege nonnisi inter præsentes agi poterat, pertineat, *hodie* nusquam servatur; Sufficit, partes simpliciter ad audiendam sententiam citari, nec opus est pluribus in eam rem edictis; nec si quis litigantium e judicio discedere coactus sit, attenditur. In Camera Spirensi, (quæ fuit olim, modo æterna Illustrissimi Imperii injuria, insolentiaque Gallicæ violentiæ incredibili destructa,) ne quidem ulla specialis in hunc finem citatio requiritur, una sufficiente generali in jus vocatione, sicut testis est Gailius *lib. 1. obs. 109. n. 3.*

40. Citandi autem sunt domini litium, sive illi sint Procuratores per litem contestatam domini facti, *l. 23. C. de Procurat.* sive originales domini, *l. 1. C. de Sent. & interl.* Cum autem Procuratores publici, quos hodie habemus, nunquam ad sententiam audiendam vocentur, hoc etiam argumento est ejus, quod alias diximus, id genus Procuratores non fieri litium dominos. Sed mandatarii, qui rogatu amicorum lites pro illis suscipiunt, easque per alios Procuratores judiciales & publicos administrant, ipsi videlicet, citantur: Nisi morte sublati, aut aliter a lite remoti sint, tunc ipsi domini vocantur; dominis autem mortuis, heredes eorum, quia in mortuum non magis quam in absentem, ferri potest sententia, *l. 59. §. ult. h. t.* Usu fori fit reassumptio, quam vocant, sine qua non potest adversus successores procedi, quia mandatum procuratoris, morte finitum est; Si dominus ipse litem contestaretur, nulla reassumptione opus foret, uti nec est, si partes nihil amplius in judicio agendum habeant. Dix. *ad tit. de Procur.* vid. Gail. *d. obs. 109. n. 5. & seqq.*

SCHOLIUM.

Quæ Reassumptio etiam moribus judiciorum *in* Ordin. Proc. Sax. tit. 17. *olim recepta, sed postea*

* Qua ratione sententiæ apud nos publicari, ‡ partesque ad publicationem earum citari debeant, de eo videri potest *Ord. Pr. Sax. Tit. 34.* Svend. *ad Fibig. p. 997. sqq.* Stryk. *Introd. ad Pr. for. c. 22.* Nicor. *Pr. P. 1. c. 67.* Lang. *Proc. c. 67. sqq. & Commentat. ad d. tit. 34.*

‡ Jure novissimo judex tempus, quo sententiam a JCtis latam accepit, rite annotabit, & intra octo dies brevem terminum, qui quatuordecim dies haud excedet, ad publicationem præfiget, quinque thalerorum mulcta imminente, si quidpiam in his peccatum fuerit; sententiam, nisi in causis concursuum, in isto termino, & quidem in comparentis partis præsentia resignabit, & hoc ita actum annotabit, nec a partibus impensarum nomine quicquam, præter eas, quas sua pecunia in ipsam sententiam & transmissionem, remissionemque actorum fecit, & quarum enumerationem suæ citationi inserere tenetur, exiget; quo facto, si sententia uni etiam parti fuerit publicata, utrique fatale decendii currere incipit. Si in termino publicationis, citationibus rite insinuatis, neutra pars compareat, terminus ille pro circumducto neutiquam est habendus, sed nihilominus sententia hora XII. est resignanda, ad acta referenda, & in contumaciam pro publicata habenda, decendio ab eodem momento ad interponenda remedia suspensiva aut devolutiva currente. Judex sententiam supprimere, aut ad alios JCtos transmittere, ne audeat, sub nullitatis & alia arbitraria pœna. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 34. §. 5.* qui titulus integer hic conferri meretur.

per

per mandatum speciale Serenissimi Electoris Saxoniæ, de dato 16. Januarii 1655. *iterum abrogata fuit.* *

Ad exegesin & responsionem pertinent sequentia.

41. Ex ratione juris, nulla videtur opus esse Readsumptione, quæ dicitur, quemadmodum & jure Romano est incognita. Nam si dominus ipse litem suscepit, heres ejus per se tenetur litis contestationem ab illo factam, utpote quasi-contractum, prosequi. Si Procurator Dominus litis, contestatione, factus defecerit, lis ad mandantem & principalem ultro recidit. Si vero mandans decesserit, Procurator, qui jure civili dominus litis est, manet talis; Sed quando Procurator non fit Dominus litis, ut publicos Procuratores hodiernos non fieri, probatum est *superius*, & *ad tit. de Procurat.* ex professo; tunc deficiente domino, Readsumptio necessaria est; ad *qualificandum* Procuratorem, cujus mandatum morte fuit extinctum: etsi forte renovatio mandati sufficeret, qua causa Saxones, de quibus Thomasius, eam forsitan abrogarunt. Quod si moriatur mandans idemque Dominus litis, post conclusionem in causa, quando nihil amplius a partibus in judicio administrandum est, nulla fit readsumptio, quia Procurator non eget novæ qualitatis. Habet etiam hunc finem *Readsumptio*, ut Judici constet, quis in litem successerit, quo is ad audiendam sententiam citetur. Proinde cum Dominus litis moritur post conclusionem causæ, cum nulla fiat Readsumptio, nec ita publice constet, quis sit heres & successor in litem, non fit alia citatio, vel pronunciatio, quam in nomen veteris domini litis, etsi heredibus insinuetur, qua de re paulo aliter Gailius *d. obs. 109. n. 3. & 4.* Qui etiam *num. 6.* totum Readsumptionis institutum improbare videtur. *Melius*, inquit, *meo quidem judicio foret, magisque litigantibus expediret, si contra Procuratorem tanquam dominum litis & instantia, usque ad conclusionem procederetur, & in eum sententia conceptis verbis publicaretur; hoc enim de jure fieri posse, notum est.* Quæ scilicet eo nituntur, quod non animadvertitur, hos non fieri dominos litium, nec in eos posse ferri sententiam neque litis contestationem cum illis fieri, ut tradit ipse ex Recess. Imp. de *anno 1600.* vers. *Aber.* Incommodum, quod ex Readsumptionibus in Camera Imperiali narrat Idem esse natum, ut ad multos annos causæ ob defectum mandati procuratorii, idcirco pendeant, non est inevitabile, nec apud nos habet locum. Dedit tamen ea quoque res occasionem Reformationi Saxonicæ, de qua modo Thomasius; ut & in nostra Curia, quod in casu Readsumtionis mortuo domino eodem Procuratore non requiritur novum Mandatum, ut retulimus *ad tit. de Procurat. pag. 663. b.*

Partibus in judicio præsentibus, Judex conscendebat tribunal, & sedens in eo, pronunciabat; Ita Christus Dominus καθημένυ ἐπὶ τῦ βήματος τῦ Πιλάτυ, sedente Pilato in tribunali condemnatus est, *Matth. 27, 19.* olim in foro, aut ubi *salva majestate Imperii* poterat, deinceps in Secretariis suis, *l. 3. §. pen. & ult. C. ubi Senat. vel Claris. l. pen. de Just. & jur. l. 6. C. de Sentent.* Quod de sententiis cum plena causæ cognitione latis, non de summariis accipiendum esse, facile intelligitur, & constat ex *§. 4. Inst. Qui & ex quib. caus. manum.* Tempus, quo ferantur sententiæ, Legibus non est præscriptum: Pendet hoc igitur a cujusque arbitrio, & cujuslibet fori consuetudine: Fere autem ita servatur, ut mane feriarum solennis pronunciatio celebretur, judicibus coram, per scribam primarium, neque tamen id semper, aut necessario: sæpe enim pars sententiarum minoris momenti, a scribis solis, antequam judices accedant, recitatur.

EFFECTUS SENTENTIÆ.

XLII. Sententiam esse immutabilem. XLIII. Usus ejus rei in civilibus. XLIV. In criminalibus. XLV. Ne quidem propter instrumenta noviter reperta, posse retractari sententiam. XLVI. An remedium restitutionis in integrum, heic locum habeat. XLVII. Reo tamen facilius aliquid remedii restitutionis æquipollens indulgeri. XLVIII. Quibus modis sententia retractetur, & si ex falsis instrumentis lata, utrum ipso jure nulla sit, an opus sit restitutione. XLIX. Actio rei judicatæ. L. Ex sententia regulariter non dari novam actionem. LI. Quis faciat EXECUTIONEM. LII. Quid juris, si damnatus in alieno sit territorio. LIII. Contra quos detur, & non detur executio. LIV. An & contra fidejussores judicatum solvi, sine novo judicio; quod adfirm.

* Fuisse tamen Saxonibus causas plures, etiam post Rec. Imperii *de A. 1654. §. 99.* & Mandatum Electorale *de A. 1655.* litem reassumendi, docet Ill. Menkenius *ad O. P. S. diss. VIII. tit. 17. §. 5.*

adfirm. contra Herbajum. **LV.** *Rationes ejus refelluntur.* **LVI.** *Modi executionis tam jure civili, quam moribus.* **LVII.** *Causa, quibus sistitur executio.*

42. Effectus sententiæ consideratur vel in se, vel ratione actionis,& executionis. In se,quod ex ea nascitur vis rei judicatæ, quam *supra* diximus: & quod inrevocabilis atque incorrigibilis sit, *neque augeri litera una, neque minui possit*, ut Apulejus. Hactenus bene Pilatus, ὃ γέγραφα, γέγραφα, *quod scripsi, scripsi, Joh. 19. v. 22.* Prætor etsi jussa imperiaque sine causæ cognitione data, repetere, & contrario imperio tollere possit, in sententiis eam potestatem non habet, *l.14.b.t.* Idemque de judicibus simpliciter adfirmatur, *l.55.l.62. eod. h.l.2. C. de sent. ex peric. recit. l 1. C. sent. resc. non posse.* Nec quidem principali rescripto, retractari sententia, nulla provocatione suspensa, potest, *l.3.C.eod.* ubi, qui talia rescripta meruerunt, etiam limine judiciorum expelluntur. An huic dicto adversatur, quod est in *l. 45. §. 1. h.t.* post *sententiam dictam, sine principis auctoritate nihil est statuendum?* Respondetur, id ibi, de pœnis criminum sententia inflictis adfirmari, in quarum mutatione cum nullius juri præjudicetur, nulla difficultas est. Expedit ob oculos habere, quas ob rationes sancita sit illa sententiarum immutabilitas. Prima, ne labefactetur auctoritas rerum judicatarum. Secunda, quia judex officium in illa causa functus est, seu bene seu male functus sit, *l. 55. h.t.* Tertio, ut judices intelligant, non esse procedendum ad sententiam, nisi adhibita omni sollicitudine, nec licere bis peccare. Quarto, quia per sententiam victori jus quæsitum est, quod nec per judicem, nec quidem per Principem, adimi potest, *d.l.ult. C. Sent. non poss.*

43. Quando igitur damnatus non provocavit, aut supplicavit, id est Revisionem petiit, ut nunc loquimur, neque sententia contra leges, sed tantum contra jus partis est lata, sibi oportet imputet, quod acquieverit; executio procedit, nec admittitur ulla juris aut facti probatio in contrarium, vel demonstratio iniquitatis, cujus rei exempla non defuere, quod meminerim: Eaque res indigna videri non potest; quando non modo singulos homines, sed nec ingentia prudentissimorum sanctissimorumque hominum concilia, se ab erroribus undique liberos præstare posse, compertum est. Cæterum, hic rigor juris an impedit, quominus, si quid in sententia sit omissum, aut si quis error memoriæ, vel calami sit commissus, is suppleri & emendari possit, quemadmodum calculi errores in *l. 1. §. 1. Quæ sent. sin. app. resc.?* Exemplum ejusmodi referam. Titius petierat tres partes cujusdam prædii, nec Reus negaverat, illas esse petitoris, & quartam esse suam; de præstationibus erat controversia. In sententia tamen Titio pars quarta fundi per errorem adjudicata fuerat. Satis apparebat error: & tamen ita quoque fuit religio Curiæ, mutare, vel emendare sententiam: Admisit eum ad novam pro tribus reliquis partibus instantiam, sine metu exceptionis rei judicatæ, quia non additum erat sententiæ; pro reliqua conclusione rejiciendam esse petitionem; ut solet, ubi consulto pars petitionis adjudicatur. Etenim si hoc fuisset adjectum, magis est, ut exceptio rei judicatæ obstitisset. *In causa Andries Martens contra Aeke Jelles, d. 2. Martii 1642.*

44. In criminalibus est, quod *paulo superius* indicavimus discrimen, Quia nullum privatis inde præjudicium creatur, si judex παρόραμα vel ἁμάρτημα præcipitantiæ commiserit, ipsum quidem non posse mutare, sed Principem esse consulendum, ut is emendet sententiam, *d. l 45. §.1.* Neque ut est momentum rei, pudor judices malus impeditos habere debet, ne hac gratia principem adeundum erroremque fatendum censeant; quod aliquando ut sunt homines, potest obrepere dignitatis suæ tenacibus. Auctor est Michael Montanus in *Gustibus suis*, quem Lipsius Thaletis Gallici nuncupatione honoravit; in vicinia sua (degebat autem in Aquitania, non procul *Burdegala*, cujus civitatis aliquando *Prætor* fuit,) accidisse, ut homines duo præsumptionibus & tormentis eo redigerentur, uti cædem a sese in quadam silva commissam faterentur, ac ut latrones condemnarentur. Sententia lata, nondum executioni data, certiores facti sunt judices ex alia Curia vel collegio judicum, illic fuisse captos & convictos homines, qui cædem illam perpetrassent; ut de rei veritate dubitari non posset. Quid facerent judices damnationis properi? mutarent sententiam? non poterant. Referrent ad Regem? pudendum erat. Non fuit igitur alius exitus, ut ipsis videbatur, quam ut dissimularent informationes alterius Curiæ, additque Montanus hæc verba; *Les pauvres diables furent pendus:* Etiam hæc pro ratione; *comme des victimes formulaires*

mulaires de la Justice. *Suspensi sunt miseri tanquam victimæ formulares judicii.* Parce victimis ac formulis; Non est tam malum, fateri errorem, quam funestare. Sunt tamen Curiæ, quibus merum Imperium ita commissum est, ut summæ potestates ejus decretis se non immisceant, quæque Principem hac parte repræsentant, qualis Provinciæ nostræ Curia esse videtur: Cui proinde jus mutandi in criminalibus, non æque in civilibus, ut antea dictum, competeret. Ante aliquot annos accidit, ut homo Amersfurtensis se ipsum cædis patratæ reum deferret, isque causa cognita capitis damnatus est. Post sententiam & mortem ei indictam, δεινὰ ποιησάμενος tam immanes querelas, tot nova facta protulit, ut major dominorum pars executionem differendam censeret; nec potuisset non sequi mutatio sententiæ, si aliter compertum fuisset. At re nihilo secus, quam pridem constiterat, deprehensa, ille quidem supplicium subiit: de Curiæ potestate in utramque partem dubitatum non fuit, quin Ordines, qui jus Principis habent, ejus cognitionem sibi non vindicassent.

45. Ampliatur immutabilitas Sententiæ hac positione: quod ne ob instrumenta quidem noviter reperta, mutatio fieri & impetrari queat: Major enim est utilitas publica, ne lites sopitæ resuscitentur, quam ne privatus aliquis damno adficiatur. Ita Gordianus; *Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas instaurari, exemplo grave est.* *l.* 4. *D. de Re Judic.* Excipiuntur quædam species; Nam I. Impp. Antoninus & Verus rescripserunt, quanquam sub obtentu novorum instrumentorum restitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico, ex causa permittere se hujusmodi instrumentis uti, *l.* 35. *h. t.* modo id fiat intra triennium, *l. un. C. de Sent. ad Fisc. retract.* Excipitur etiam Sententia, quæ lata est ex jurejurando judiciali, *l.* 31. *de Jurejur.* ratione alibi reddita. Brunnemannus *ad d. l.* 4. D. Wissenbach. *th.* 15. *h. t.* aliique, excipiunt alios casus duos. I. Si lata sit contra matrimonium sententia, *C. lator.* 7. *X. de re jud.* II. Si præcesserit res judicata, sine provocatione, contraria, *l.* 1. *C. Quando provoc. nec. non est.* Sed hi casus male excipiuntur ab hac regula, quod sententia per falsa instrumenta retractari nequeat; cum sine ulla mentione novorum instrumentorum, tales sententiæ per se nullæ sint, ut textus loquuntur; quemadmodum, si error calculi in sententia commissus sit, *l.* 1. §. 1. *Quæ sent. sine app. rescind.* secus atque si in Actis judicii, error calculi detectus fuerit, *l.* 2. *C. de re Judic.*

46. Sed an restitutio in integrum ex hac causa non dabitur? Certe dabitur, si ob metum, ob dolum, ob ætatis lubricum, vel propter absentiam Reipubl. causa non fuerint in judicio exhibita instrumenta: cum hæ semper sint causæ justæ Restitutionis in integrum. Quid de sexta generali causa, per clausulam Edicti Prætoris, *si qua mihi alia justa causa videbitur?* Etiam vero hæc sufficiet: si modo diversa sit ab ipsa inventione novorum instrumentorum. Num quid igitur Reus condemnatus non potest in integrum restitui, propterea, quod nova instrumenta, quibus probet se non debere, invenerit? Non videtur, nisi vel metu prohibitus sit ea proferre, vel dolo adversarii instrumenta sint intercepta, vel minor fuerit, aut inquam, Reip. causa absfuerit. Cum enim lex neget novorum ob inventionem instrumentorum, posse retractari sententiam, prætor, qui minister legis est, eam non potest introducere in Edicto suo, nec enim ullo modo propter instrumenta nova res judicata resuscitari potest, *l.* 27. *in fin. de Except. rei jud.* Atque ita Fachin. *l.* 1. *c.* 51. Tulden. *ad tit. C. de Re jud. n.* 3. qui tamen aliter vulgo sentire tradit Doctores, qui nec justæ prætextus ignorantiæ admittunt, Fachinæus aliique accuratiores, quos vocat Brunnemannus ad *d. l.* 4. qui tamen in Foro secus esse receptum, testatur. Ignorantiam & impotentiam inveniendi, per se non sufficere ad restitutionem, dicendum est; alioqui per hanc exceptionem positio juris tota ferme eliderctur, quia vix aliter quam per ignorantiam, instrumenta solent omitti, verum si causa gravis & positiva sit, per quam scire non potuit is, qui restitutionem petit, an &. ubi instrumenta extarent, non video cur ab hac re magis quam ab aliis omnibus, clausula generalis Edicti Prætoris alienari deberet.

47. Quia tamen prædurum est, sententiam, contra quam deinde clare liquet, executione prosequi, Tribunalia in eam partem inclinant, ut vel restitutionem concedant, vel condictione aliqua repeti permittant, quod vi sententiæ solvere coactus, ex instrumento postea reperto docere potest se non debere. Idque maxime in favorem rei: Nam actor merito sibi imputet, quod non paratus actionem instituerit. Sed qui solverat, si conventus iterum condemnatus sit, reperta deinceps apocha, eum repetere posse quod solverat, non condictione indebiti, (quia quod solutum est, debitum

bitum fuit e sententia,) sed condictione sine causa, judicavit Curia Parisiensis *arg. l. 2. de Condict. sin. caus.* ubi Costalius. Et est credibile, Curias libenter aliquid admissuras, quo Reus id, quod eo modo per sententiam solvit, repetere possit, ut non solvere cogatur. *Exempl.* Fridericus a Botnia condemnatus erat Cornelio Vermees, ad solvendas meliorationes prædii, quod hic emerat ab illo, quæ colono tempore venditionis debebantur. Post latam sententiam Botnia reperit instrumentum, in quo scriptæ erant conditiones & leges prædii venditi, quas inter & hæc, ut emptor Colono pro meliorationibus satisfaceret. In lite jam protestatus erat; si deinde conditiones repertæ aliud indicarent. Inventæ sunt post sententiam. Opposuit sese executioni, & oppositio est admissa, *d. 10. Febr. 1640.* non vi protestationis, ut opinor: Nam protestatio nihil novi juris addit: Sed eo, quod pecunia sine causa apud emptorem esset futura, sicut in *d. l. 2. de Condict. sine causa.*

48. Cæterum, Revocatur tamen sententia, I. per remedium restitutionis in integrum, ratione ætatis, *tit. C. Si advers. rem jud.* II. Per appellationem, *lib. 49.* & querelam nullitatis, *l. 4. §. 6.* de qua ad *tit. de Appell. & ad tit. quæ sent. sine appell. resc. posit. ult.* agemus.

SCHOLIUM.

Dicit, revocatur: *non rescinditur. Nam rescissio spectat saltem ad restitutionem & appellationem, aliosque modos infra in* tit. de appell. *recensitos, non vero ad querelam nullitatis*, per posit. 1. infra de appell. *nisi voce rescissionis velis impropriè uti cum rubrica.* Quæ sent. sine appell. rescind.

Atque eo pertinet, si prius contra judicatum sit absque provocatione, *l. 1. quand. provoc. nec. non est.* item, si ex falsis instrumentis lata sit sententia, *l. 1. 2. & t. t. C. si ex fals. instr. l. 33. inf. h.* quanquam textus de rescindendo & restituendo loquuntur. Wissenbach. *ad h. t. th. 5.*

SCHOLIUM.

Scilicet, ad querelam nullitatis hæc pertinent. Verum hoc casu potius placet, sententiam esse rescindendam per restitutionem in integrum, l. 33. ff. h. t. adde Brunnem. Proc. c. 27. n. 77. *qui tamen cum Autore sentit*, ad l. 2. C. si ex fals. instrum.

RESPONSIO.

Non est a me decisa, sed in medio relicta, quæstio de Sententia ex falsis instrumentis aut testimoniis lata, quam non habere effectum rei judicatæ, si victus se opponat, satis constat; utrum vero sit ipso jure nulla, an per restitutionem rescindenda sit, ambigitur.

N. ADDIT.

Ergo bene est. Nam Autor mecum sentit. Quod vero putaverim dissentire, in causa sunt verba Autoris præcedentia: Atque eo pertinet, *(præcesserat vero immediate de appellatione & querela nullitatis,) item:* quanquam textus &c. *quibus alias, sententiam dissentientium nostra non obstare, solemus indicare.*

Usus quæstionis maxime est in præscriptione temporis, quæ, si querela Nullitatis sufficiat, est tantum longissimi temporis; si Restitutione sit opus, est quadriennii. Auctores utriusque sententiæ, recenset Wissenbachius *h. th. 5.* qui sequitur nullitatem; Addit autem, *hodie* non nisi per appellationem procedere rescissionem: Quod minime verum est: Tunc enim decem diebus huic querelæ præscriberetur, intra quos appellandum. Atqui Restitutiones in integrum a sententiis, post fatalia appellationis adhuc superesse, minime, quod unquam in Foro cognoverim, dubitatur. Cæterum, Restitutionem in integrum hoc casu esse dandam πραγματικῶς, & diserte constituisse Hadrianum, refert Callistratus in *l. 33. h. t.* Nec video textus nullitatem statuentes, etsi plures educat Perezius ad *d. tit. C. si ex fals. instr. n. 5.* In *L. 1.* habetur, post sententiam de falso superesse quæstionem. In *l. 2.* causam ex integro audiri, quod fit etiam in casu restitutionis, quia res in eum statum, unde cœpit, redintegratur. In *l. 3.* res judicata devocatur in irritum. In *l. 4.* executio suspenditur, & soluta condicuntur: Quæ omnia restitutioni non minus, quam nullitati conveniunt. Adeoque standum videtur eo quod est in *d. l. 33.* quæ dat in integrum restitutionem.

49. Sequitur effectus rei judicatæ ratione Actionis, & Executionis. Actio in condemnatum, victori datur Rei judicatæ, quæ semper est civilis, & semper rei persecutoria, perpetua, & in heredem transitoria, licet actio prima contrarias habuerit qualitates, *l. 6. §. 1. & 2.* quod fit vi novationis, quæ per litis contestationem quasi contractu perpetratur, *l. 11. §. 1. de Novat. & l. 3. §. 11. de Pecul.* unde nec datur, nisi inter eos, qui litem inter se contestati sunt, Res enim inter alios judicata, neque aliis nocet, neque prodest, *l. 63. h. t.* qua de re est *tit. in Cod. Quib. res judic. non noceat.* ubi Perez. cui adde Wissenbachium *h. t. th. 16.*

tb. 16. Effectum hujus regulæ nos habebimus ad *tit. de Except. rei judic.* Cæterum, quod diximus, Actionem Rei judicatæ habere novas qualitates, sæpe diversas ab actione primigenia, non impedit, quominus si quid in sententia sit ambigui, id ex proprietate primitivæ actionis sit explicandum. Exemplo id illustrabimus. Creditor habens pignori annulum, conventus ad eum restituendum, post solutionem factam condemnatus erat ad annulum restituendum, aut alioquin ejus æstimationem. Debitor actionem rei judicatæ, simpliciter ad restitutionem annuli adhuc extantis apud creditorem instituerat; creditor victus offerebat æstimationem, eo quod optio sibi in sententia data esset; Debitor replicabat, alternativam æstimationis intelligendam, si annulus non extaret, ac ita judex inferior, qui tulerat sententiam, judicavit, non per modum declarationis, sed nova super actione rei judicatæ sententia. Re ad Curiam per appellationem delata, non deerant, quibus videbatur, Reo alternative condemnato electionem adimi non posse; Prævaluit tamen hæc ratio; quod actio primæva sine dubio ad annulum ipsum dabatur, aut eo non extante ad æstimationem, idque judicem intellexisse, videri, per verbum, *alioqui.* Ac ita judicatum est, in causa *Tjardi van der Leli Appellantis*, contra *R.S. ante ferias Pentecost. 1681.*

In ipsum dominum, non in procuratorem, datur actio; nisi in rem suam sit, vel obtulerit se, *l. 4. pr.* Pluribus una sentententia damnatis, in singulos pro partibus hæc actio datur, *l. 1. & l. 2. C. si plur. un. sent.* nisi aliud expressum, vel res individua sit, *l. 4. §. 1. & 2. de V. O.* vel ut universi sint condemnati, velut municipes, in *l. 4. §. 2.* Perez. *ad tit. C. Si plur. una sent.*

50. Quid autem, an post sententiam nova opus est actione, novoque judicio? (†) non opinor, si liquidum sit judicatum, per *l. 15. h. t.* ubi sententia immediate executioni datur, implorato magistratus officio; sed actio instituitur, ubi res incerta & illiquida est, *arg. l. 9. de jurejur.* ac ita fert usus: Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

(†) Ita videtur per ea, quæ Strauch. XXXIX, 5. & Dn. Schilter. Ex. 46. §. 2. seq. *ubi simul ostendit convenientias & disconvenientias actionis judicati & processus nostri executivi.*

Respondetur in sequentibus.

Res aliena videtur a disciplina juris Romani; quando res est judicata, tunc ut Victor ejus effectum consequatur, opus esse nova in jus vocatione, actionis editione, judicis datione, causæ cognitione, denique sententia. Quin si Prætor in Re judicata noluit obligationes ex obligationibus fieri, *l. 4. §. 3. h. t.* quanto minus lites ex litibus ferivoluerit? Quid autem ex hac nova sententia; Numquid rursus actio rei judicatæ dabitur? Sic opus est, si ex sententia datur actio nova novumque judicium, ut Thomasius laudatique ab eo volunt Auctores, & communiter loquuntur. Ego in legibus, post Sententiam reperio in continenti executionem fieri, tam in *d. l. 15. h.* quam in toto *tit. de Execut. rei jud.* perinde in hodiernis sit judiciis nec aliter res facultatem usus habere videtur. Quid igitur sibi vult Actio rei judicatæ toties ingeminata? Vel imploratio judicis officii ad executionem faciendam sic appellatur, vel actio proprie instituitur, quod & hodie fit, quando res est incerta, variis modis; Primo quando dubitatur, an judicatum sit, *arg. l. 9. in pr. de Jurejur.* II. Quando quis negat, sententiam contra se esse latam vel ad se pertinere, cujus rei exceptio late patet, ut ex *d. tit. C. Quib. res Jud. non noc.* intelligitur, atque a nobis dicetur ad *tit. de Except. rei jud.* III. Quando sententia non continet rem certam, sed incertam quantitatem; veluti, cum in fructus perceptos, in usuras, in id quod interest, aut alternative condemnatus est. Tunc etiam manifestum est, non posse victorem ex continenti procedere ad executionem, nisi incertitudo ad certam præstationem relata sit. His casibus in nostris Foris Victor implorat Judicis officium, qua is condemnatum moneat, vulgo *summationem* vocant, ut sententiæ satisfaciat; Quod si inter partes sine lite res componi nequeat, oritur inde actio, novusque litis processus; quod merito Rei judicatæ judicium dixeris. IV. Locus est actioni judicioque rei judicatæ, si victus longis frustrationibus executionem remoratus fuerit, ut res interim non extet amplius, ideoque ad æstimationem agendum sit, *l. 7. C. de Execut. rei jud.* Cum his similibusque casibus fieri possit, ut super re judicata novum moveatur judicium, non est necesse ad usum actionis rei judicatæ demonstrandum, ut ex omni sententia detur actio nova, novumque judicium; quo nihil inutilius negotiique naturæ adversum magis videtur. A. Matth. *disp. 12. n. 6.*

N. ADDIT.

Nusquam mens mea fuit, asserere, quod in omni sententia opus sit actione rei judicatæ, sed quod

 saltem

saltem illa distinctio inter judicatum liquidum & illiquidum, cui scholium meum fuit adjectum, casum ubi locum habeat actio, non determinet, cum etiamsi sententia sit liquida, i. e. contineat rem certam & quantitatem certam, tamen actio judicati dari soleat, si v. g. res, in quibus executio fieri debet, sint sitæ sub alio judice. Postquam verò Autor hic in prælectionibus mentem suam declaravit, quod terminum illiquidæ sententiæ sumat in sensu plane laxiore, quatuor genera sub se complectente, nulla amplius inter nos lis est.

51. Transeamus ad EXECUTIONEM, & consideremus, I. a quo fieri possit, II. Contra quem, III. Quomodo, IV. Quemadmodum sistatur & impediatur. Quod ad primum attinet, Executio fieri debet ab eo, qui tulit sententiam, modo imperium mixtum habeat, sive datus sit a Principe, sive ordinaria jurisdictione præditus, *l. un. C. Qui pro sua jurisd.* non judex pedaneus, sive datus a Magistratu; Nam hujus sententiam exequitur, qui dedit judicem, *l. 15. in pr. h. t.* quod etiam de arbitris & omnibus, qui notionem habent sine Imperio, adfirmandum, *d. pr. l. 15.* juncta *l. 5. eod.* Quid judex Mandatarius? hunc etiam exequi non posse, volunt; Strauch. *dissert. Justin. 28. n. 1.* Sed cum mandata jurisdictione transeat etiam Imperium, quod non est merum, ad quod Executio pertinet, *l. ult. §. 1. de Off. ej. cui mand. jurisd.* non video, quare durante mandato, judex mandatarius sententiam a se dictam exequi non possit. Appellatione interposita quid juris sit, *deinde* videbimus. Sæpe tamen & extra casum Appellationis, executionem sententiæ ab inferiore judice latæ petitam & concessam a Suprema Curia vidimus, ob duas potissimum causas; cum quod condemnati in diversis habitabant jurisdictionibus, tum propter eorum potentiam; quibus causis fieret, ut victores difficilius effectu rei potirentur; Alioqui non videtur esse judicum superiorum, absque appellatione sese inferiorum officiis ingerere, *arg. d. l. un. C. Qui pro sua jurisd.*

52. Quod si condemnatus alibi degat, aut res, in quam facienda est executio, in alieno territorio sita sit, judex ejus loci requisitus, non recusat executionem, nec si in eodem imperio sit, recusare potest, quin a superiore ad hoc justitiæ ministerium compellatur; quomodo memini Supremam Frisiæ Curiam, aliquando compulisse Magistratus cujusdam Civitatis, qui recusabant exequi sententiam contra quendam Civium suorum latam a judicibus Academiæ nostræ, quibus idem jus, quod aliis Tribunalibus deferunt, non deberi autumabant. Quod si judex requisitus sub eodem summo Imperio non agat, in ipsius arbitrio est, exequi velit sententiam, an secus. Non solent tamen negare, debita humanitate requisiti; quin juri Gentium, si negarent, adversari viderentur: sub hac tamen exceptione, nisi jurisdictioni suæ præjudicium inde creetur. Hac ratione diximus alias, si quis judex civem alterius judicis condemnaverit, eo quod is se jurisdictioni ipsius submiserat, cum tamen non esset in ejusdem territorio citatus, non teneri talis condemnati Magistratum sententiam executioni mandare, quia jurisdictio fundata non fuit. Idem est, si lata fuerit sententia per speciem collusionis, ad eludendam jurisdictionem proprii judicis, cujusmodi exemplum usu venit in nostra Curia, quod & alibi indigitatum est. Ordines Transisulaniæ petierant ab Ordinibus Frisiæ per literas *d. 3. Aprilis 1675.* scriptas, ut vim rei judicatæ tribuere vellent sententiæ, quam Prætor Haxbergensis tulerat pro quodam Tincone Swartio, qui cædis in Frisiæ confiniis patratæ accusatus in vicinam Transisulaniam aufugerat, seque apud Haxbergenses in vincula dederat, a quibus ex sententia Jurisconsultorum, non tamen sine magna rationis specie, fuerat absolutus. Ordines Frisiæ rem ad Curiam detulerunt, ubi Procuratore Generali audito, visum est, nimis periculosum jurisdictioni Frisiæ, si homicidæ fugientes e finibus nostris, ad exteros se recipere, ibique absoluti statim huc redire ac impunitate frui possent. Quando autem exterus judex requisitus executionem suscipit; si tum fiat oppositio spectans ad merita causæ & argumenta nullitatis, ea per judicem primum, secundum jus, quod ibi valet, decidi debent; quæ vero ad modum executionis pertinent, a judice requisito, & pro jure loci illius decidenda sunt, ut docet Sandius *lib. 1. tit. 12. def. 5.* ubi exempla videantur.

53. Fuit articulus primus; sequitur, contra quos sententia detur executioni. Dic, contra litis Dominum, *l. 1. C. de Sent. & interloc.* non contra Procuratorem, *l. 22. & seqq. C. de Procurat.* nisi datus sit in rem suam, vel se obtulerit ipsum, *l. 4. in pr. h. t.* qualis etiam defensor, qui pro alio intervenit, ut res, & *arg. d. l. 4.* ac usus volunt, etsi aliter Strauchius *dissert. Justin. 28. n. 2.* Tutore vel Curatore condemnato in pupillum & minorem danda executio, *l. 4. §. 1. h.* nisi proprio nomine scilicet obligati, conventi damnatique fuerint;

rint; aut etiam nisi se liti obtulerint; hoc est, nisi cum pupillis auctores ad judicium suscipiendum fieri possent, ipsi judicium suscipere malnerint, ait D. Strauchius *d. disp. 28. n. 2.* idque probat ex *l. 2. in pr. de Administr. Tut.* ubi sic habetur: *Si Tutor condemnavit*, id est, *vicit*, *aut condemnatus est, pupillo & in pupillum potius actio judicati datur*, *& maxime*, *si non se liti obtulit; Sed cum non posset propter absentiam pupilli*, *vel infantiam auctor ei esse ad accipiendum judicium.* Quid hoc autem? Toties ne Tutor executioni subjectus erit, quoties pupillum non adhibuit liti, suique duntaxat ut actoris meminerit? Atqui hoc plerumque fit his diebus, & fere semper in usu nostro, ut probavimus *ad tit. de Auctor. Tut. n. 2.* nec tamen ideo quisquam Tutorem in sua qualitate condemnatum executioni dicit obnoxium. Dic igitur, particulam *maxime* non facere positionem contrariam ei, quod antea dixerat Ulpianus; sed evidentius esse quod dixerat, si non potuerit aliter, quam occupare pro pupillo. Nam regula est hæc; Tutor vel Curator in ea conditione sunt, ut non videantur se liti obtulisse, *l. 4. §. 1. h. t.* quemadmodum de Procuratore dictum *in pr.* Sicut autem Procurator suum nomen præfert & sententia in eum fertur, ut tamen executione non gravetur, ita ratio Ulpiani non patitur, ut Tutor eo, quod suum nomen prætulit, nec ut accessorium pupillo adjecit, executione urgeatur. Nec dubium, quin ita servetur in Foro; velim etiam ex sententia Juris Romani.

Porro etiam contra heredes actio rei judicatæ datur, *l. 6. §. ult.* etiam mediate tales, etsi mentio heredum in sententia nulla sit facta: Quæ est vis quasi-contractus, quem in Judicio, fieri, docet *l. 3. §. 11. de Pecul.* Atqui sententia, quatenus a Judice proficiscitur, nihil habet simile contractui: Litis Contestatio est id, quod dicitur *quasi-contractus;* Nam intentio actoris & rei contradictio, reciprocantur & habent instar Contractus, novationemque faciunt, *l. 11. de Novat.* Unde Pater ex quibus factis filiifam. non obligatur, de peculio actione tamen rei judicatæ tenetur, *d. l. 3. §. 11. l. 35. de Noxal. act.* non vi sententiæ, sed litis contestatæ; etsi hæc demum per sententiam effectum sortiatur: eaque est judicati obligatio, quæ dicitur in *d. l. 3. §. 11.*

54. Contra fidejussorem judicati exequendi causa sententiam absque novo *processu* executioni dari posse, communis est sententia Bartoli, Baldi & omnium Doctorum ac Interp., quos enumerat Sandius *lib. 3. tit. 10. def. 3.* a qua recessit noster Herbajus tersissimæ Vir doctrinæ, *tract. rer. quotid. cap. 4. non sine ratione*, si credimus Sandio *d. def. 3.* de qua tamen dubito, sitne tam prægnans, ut ob eam a communissima doctrina recedendum fuerit. Bene est, quod auctoritatibus sibi non præjudicari patitur Herbajus, sed legem rationemque sequitur. Fundus sententiæ communis, est lex *ult. §. 1. C. de Usur. rei jud.* Quo loco narrat Justinianus, veteres dedisse condemnatis quidem inducias duorum mensium ab executione, fidejussoribus nullas; *Reis quidem*, inquit, *condemnatis laxamentum duorum mensium præstabat, fidejussores autem eodem uti beneficio non concedebat.* Quod reis laxamentum dabatur, id ipsum fidejussoribus negatum fuisse palam est: Reorum autem laxamentum erat ab executione sententiæ principalis; Fidejussores egebant eodem beneficio. Ergo etiam executioni erant subjecti, æque ac principales. Sic etiam jure novo; *Sancimus, quadrimestres inducias* ab executione, *quas dedimus condemnatis, etiam ad fidejussores & mandatores eorum extendi.* Etiam heic idem utrisque beneficium datur; Aut igitur utrique eidem executionis oneri subjecti sunt, aut Cæsar stylo suo valde abusus est. Verba, *statim exigere*, de quibus argutatur Herbajus, e prioribus lucem accipiunt, sicut & *Lex 1. D. Judic. solvi.* quæ docet, *in stipulatione judicatum solvi, diem statim cedere*, *sed exactionem in tempus reo principali indultum differri.* scilicet eandem exactionem, quæ fit a reo principali, quæ diversa non est ab executione. Et ratio suffragatur: Hoc enim actum est inter partes, ut certus esset victor, se judicato vi sententiæ potiturum, non quod denuo litigandum esset. Ex Herbaji vero sententia, inter fidejussorem contractus & judicati solvendi nulla foret differentia; quod rationi repugnat.

55. Quid vero, inquit, *si neget factum*, se omnino fidejussisse, aut non scientem fecisse dicat? Si primo reus sit absolutus, deinde nova instantia novoque actionis genere condemnatus, fidejussor inauditus exactione urgebitur; Ita Herbajus & Sandius excipiunt. Ego vero Bartolum & Baldum nunquam adeo juris imprudentes fuisse credo, ut hoc voluerint, fidejussores in talibus non esse audiendos. Habeat heic locum, quod Ulpianus docet in *l. 9. pr. de Jurejur.* Postea quam *juratum est, denegatur actio; at, si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est.* Ita hic quoque; Non est locus

locus novo judicio; at si ambigatur, fidejussio omnino, vel an pro hoc judicato præstita sit, non quidem fit nova in jus vocatio, novaque instantia: sed fidejussor judicatum solvi, ab Executore monebitur de sententia lata. Si dicat, ego non fidejussi, non saltem pro hac instantia, similiaque, recessum est iterum ab obligatione, & audietur in oppositione sua; sicut ipse reus auditur, si quam habeat notabilem oppositionis causam. In hoc vero differt a fidejussore pro contractu. Hic si post rei principalis condemnationem probare velit, causam rei male defensam, esse neglectam, is adhuc audietur, ideoque nova opus est citatione novoque judicio. De fidejussore judicatum solvi, id abnuit ipse Faber *ad tit. C. de Fidejuss. def. 8.* ad quem ut ὁμόψηφον provocat Herbajus; quia sane Faber etiam tradit, contra fidejussorem judicati solvendi nova opus esse lite, non ut de jure victoris cognito jam iterum cognoscatur, sed ne incipiatur ab executione: addita ratione, quia potest fieri, ut fidejussor aliquam habeat exceptionem. Atqui de tali exceptione concedimus eum audiri posse, sed per modum oppositionis contra executionem, non per novam instantiam, ut illi volunt. Faber autem nec probat quicquam, nec quidem ita probat esse visum Senatui Sabaudorum, ut Herbajus quidem scribit; ille obiter rem narrat.

Denique ita argumentatur Herbajus; Fidejussor non est condemnatus, nec ulla ejus in lite vel in sententia mentio facta est; Ergo nec adversus eum executio fieri potest. Respondeo: Qui promisit se judicatum soluturum, subjecit se voluntariæ condemnationi, quam sine novo judicio sequi executionem, antea dictum, & usu probatum est. Alterum Herbaji argumentum: Si fidejussor absque novo judicio ad solvendum compelli potest, Ergo & hic ad reum principalem redire potest sine novo judicio, non secus ac si & is fidejussori condemnatus esset; Quod quam sit alienum a juris ratione, nemo non videt, inquit. Ego me id fateor non videre; Quid enim; Reus est condemnatus, victori solvere debet, executione cogendus; Fidejussor judicati solvendi pro illo solvere coactus est, ut promiserat. Hoccene iniquum aut a jure alienum, ut Reus fidejussori absque novo judicio restituat, quod victori, cui fidejussor solvit, solvere condemnatus erat? Imo hoc a Justiniano in *d. l. ult. §. 1.* supponi, recte, nisi fallor, a Bartolo, Cyno, Castrensi, aliisque, ut Herbajus ipse refert, adfirmatum est.

56. Sequitur modus executionis, quo tempus etiam, & res, in quas fit executio, referuntur. Tempus judicati faciendi hodie est quatuor mensium, liberum ab usuris, quæ post ejus lapsum debentur centesimæ, *l. 2. & l. ult. C. de usur. rei jud.* in pecuniariis judiciis, in realibus & restitutoriis, statim facienda restitutio, *§. 2. I. de Off. jud. l. 68. de R. V.* A. Matth. *d. disp. 12. th. 2.* Moribus hodiernis nusquam illud spatium temporis observatur, verum a decendio elapso incipit executio. ‡ Sed cum non minus molestum sit hodie, incontinenti condemnatos adigere ad præstationem, ac olim fuerit, in multis foris executiones crebris dilationibus eluduntur; ut optandum foret, illis penitus extinctis, jus Romanum hac parte redintegrari. Sed videamus modos juris civilis; Hi sunt, manus militaris, pignorum capio, missio in possessionem bonorum, & carcer. Manus militaris adhibetur, quando quis rem certam sive corpus restituere jussus, non paret judici, cum posset, *l. 68. de R. V.* qua de re egimus ad *d. tit. n. 13. pag. 772. part. præced.* quanquam & reliqui executionis modi, sæpe sine manu militari non possunt administrari, ut de missione in possessionem videmus in *l. 3. D. Ne vis fiat ei in possess. miss. l. 5. §. 27. Ut in possess. Legat.* Etiam in capiendis pignoribus sæpe manu armata opus esse contra invitos, satis ipsa res loquitur; quo pertinet, quod Cæsar apud *Sueton.* dicitur Vettium captis pignoribus & direpta supellectile male multasse, *in ejus vita.* Quod item Cicero in Philippica prima queritur, Antonium esse minatum, se cum fabris domum illius esse venturum, pignora capiendi prætextu. Sed de missione in possessionem, sequitur Rubrica propria.

Pignorum Capio est præcipuus exequendi modus, habens locum in condemnationibus pecuniariis, seu certæ sive incertæ quantitatis, his ad certitudinem postea redactis. Solutione non sequente, fit pignorum capio & distractio, *l. ult. C. de Execut. rei jud.* & late in *l. 15. h. t.* ubi & ordo res capiendi, distrahendique. Initium fit a mobilibus ac animalibus, dein fit progressus ad immobilia, postremo ad jura & nomina, *l. 15. §. 2. & seqq. h. t. & l. 5. C. de Execut. rei jud.* Capta

‡ Postquam sententia in rem judicatam abiit, petente adversario, intra 14. dies executoriales aut requisitoriales sub 5. thalerorum mulcta sunt expediendæ, a judice etiam requisito præcepti executivi insinuatio, intra idem spatium, sub eadem pœna, facienda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. §. 1.*

pigno-

pignora post duos menses distrahuntur sub hasta, præsenti pecunia, *l. 15. §. 2. & 7. h.* Si pignora non inveniant emptorem, addicuntur creditori & volens mittitur in possessionem, ut etsi debitum pluris sit, plus tamen deinceps petere non possit, *d. l. 15. §. 3.* ut verba ibi diserte ferunt, etsi aliter D. A. Matthæus, & quos ille sequitur *disp. 13. th. 24. & th. seqq.* Idcirco missio in possessionem rarior est; plerumque res venduntur cuilibet plus licitanti, etiam victori, *l. 2. & 3. C. Si in caus. judic. pign.* Eximuntur mobilium capioni, boves aratorii, & reliqua instrumenta agriculturæ, *l. 7. & seqq. Quæ res pign. obl. non poss.* stipendia militum, præmia athletarum, quæ non nisi cunctis deficientibus capiuntur, *l. 4. C. de Execut. rei jud.* quod Dd. ad præmia librosque Clericorum, scholarium & Advocatorum, instrumenta artificum, & supellectilem necessariam extendunt. Arma militum, vestesque necessariæ, magis est ut plane capi non possunt. A. Matth. *d. Disp. 13. n. 17. 18. & 19.*

Postremo non est alienus quoque a jure civili modus exequendi per carcerem, *l. 1. & l. ult. C. Qui bon. ced. l. 34. h. t. & l. 9. §. ult. ad L. Jul. pecul.* Moribus tamen hodiernis frequentior, *posit. 26. h.* ubi Thomasius. Adde Schilter. *Ex. 46. th. 6.* Ord. Proc. Sax. *tit. ult.*

Hic autem modus, ut & Pignorum capio, vel multæ dictio, locum habebit, quando quis ad factum aliquod condemnatur, veluti ad Tutelam administrandam, rationes reddendas, omniaque facta, quibus aliquis obstrictus est perficiendis, *d. l. 9. §. ult. §. pen. Inst. de Satisd. Tut.* Pœnæ corporales in pecuniariis condemnationibus non habent juris auctoritatem; quippe inanis est actio, quam excludit inopia debitoris, *l. 6. D. dol. mal. l. ult. de in jus voc. l. 1. §. ult. de Pœn.* Sed ut textus illi docent, tantum habent locum in delictis, ut *l. 9. de Incend. ruin. naufr. l. 7. §. 3. de Jurisd.*

Hæc ita secundum regulas juris civilis; Moribus hodiernis equidem manus militaris, si victus parere nolit, in abducendis auferendisque rebus adjudicatis, ‡ vel reo ad solutionem cogendo, ‡‡ cum sit æque necessaria, non minus ac in jure Rom. frequentatur: Sed primo post lapsum decem dierum, de quo superius, fit admonitio per Executorem, qui fere est Apparitor, mandato Curiæ per victorem impetrato ad executionem cujusque sententiæ instructus. Cujusmodi prævia denunciatio tam necessaria judicatur, ut ejus omissio vitiosam reddat executionem. Ranchin. *3. var. Lect. 14.* & Papin. *tit. des execution. art. 23.* præcipiturque Statutis Frisiæ *l. 3. tit. 29. art. 1.* ubi Sandius MS. Quin adhuc duplex fieri debet exactio, nostris quidem legibus. Et tum si non fiat solutio, proceditur ad pignorum capionem ac venditionem, sic tamen, ut victo detur facultas adsignandi res, quæ capiantur & vendantur, quod etiam apud Saxones receptum esse, notat Thomasius in *schol. ad posit. 29. h. t.* Jure civili ut idem proditum non sit, ab eo minime tamen abhorret. Quid enim opus officio judicis & executoris in delectu pignorum, si quis rem ipsemet offerat? modo non eludendi animoque perplexandi id agat. Quod si reus ipse non adsignet, victor petere solet, ut sibi res, in quas executio fiat, adsignare liceat. quod judex concedit, hac lege, ut victo prius insinuetur, quo ipse adhuc dum adsignet. Quod tamen facere nemo

‡ Si reus ad traditionem in actione reali vel personali est condemnatus, precepto executivo, ut intra 14. dies hoc faciat, injungitur; elapsis istis diebus, si condemnatus interea non paruit, res ei adimenda, & actori tradenda; aut, si res, quæ petitur, est immobilis, reus exmittendus, actor vero immittendus, relicta huic administratione, vel etiam, ad hujus preces, constituto sequestro. In concursu etiam, quando res ad subhastationem rediit, debitor est ejiciendus, immo & conductor, nisi creditoribus aliud e re sua videatur, licet locarium prænumeravit, aut judiciali hypotheca sibi prospexerit; conductio enim eo casu exspirat, & conductor ex concursu suum recuperare tenetur. *O. P. S. E. I. & F. Tit. 39. §. 4.*

‡‡ Si reum ad solutionem condemnari oportet, summa vel quantitas, tempusque, ex quo usuræ, vel interesse moræ computandum, in sententia vel decreto perspicue exprimi debet; quod si inde res sit judicata, judex transmissa liquidatione intra 14. dies solvere reum jubebit, proximum ab elapso 14. dierum spatio diem liquidi constitutioni, insequentem vel sequentium aliquem ipsi executioni faciendæ destinabit, in termino debitore comparente, vel non comparente liquidum constituet, sumtus moderabitur, dubia in medio relinquet, & proximo vel insequentium dierum aliquo reapse exsequetur sententiam. Executio ista illiquidum etiam, si inde liquidum reddatur, similiter afficit, & jus reale a tempore executionis etiam hujus nomine tribuit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. §. 5.*

potest,

potest, nisi qui liberam rerum suarum habet administrationem; Proinde non valet adsignatio, facta per procuratorem sine speciali mandato, neque per mulierem sine auctoritate viri, nec inde vera sequitur alienatio, ut in Curia nostra judicatum esse, refert D. Saekma ad *d. tit. 29. lib. 3. Stat. art. 3.* inter *Michaëlem Aertsen & Renatam Petri, ante ferias Pentecostales 1625.* Sed an victor servare debet ordinem juris, ut prius mobilia, & animalia, ‡ dein immobilia, tum jura & actiones, capiat ac vendat? Videtur ad hoc teneri. Lex enim jubet eum ordinem, quando reus latitat neque solvit, æquitas eundem suadet. Non est tamen nulla executio, si aliter fiat: sed reus, aut hi ad quos ea res pertinet, queri & petere posse videntur, ut si Actor in adsignando eum ordinem pervertat, in ordinem redigat. Porro hæc venditio sine dubio habet eadem requisita, quæ pignorum venditio conventionalium, de quib. *ad tit. D. de Distract. pign.* ut fiat bona fide, & *publice*, id est, in judicio vel foro hebdomadali, *Recht of merkdagen*, ut de rebus mobilibus Statuta nostra *d. tit. 29. art. 2. & 3.* quid de rebus soli servandum sit, præcipiunt. Quam formam lege præscriptam exacte servandam esse, dubium non est. Proinde restituenda esse pignora male capta, recte dixeris: etsi debitum ita exactum repeti, non placuerit Ulpiano in *l. ult. §. ult. D. Quod met. c.* nec Curiæ nostræ apud Sandium, *l. 1. tit. 12. def. 2.* Plura ad hanc rem diximus in *Jurispr. Hod. part. 2. lib. 2. cap. XI.*

Hoc addendum, executionem nullo modo ulterius extendi posse, quam sententia ferat, per Regulam *l. 63. h. t.* excepto fidejussore judicatum solvi, de quo *supra*, & possessore rei Litigiosæ ac interim alienatæ, ut probat Gailius *lib. 1. obs. 118. n. 1.* Sand. *lib. 1. tit. 12. def. 4.* ubi docet, hoc non habere locum in rebus pignori datis, nisi possessor, actionis hypothecariæ super ea re motæ conscius fuerit. Quæsitum fuit, an mandatum exequendi sententiam, per quam reus in rem principalem & in id quod interest, aut in usuras erat condemnatus, extendi possit ad exequendam æstimationem ejus quod interest vel usurarum deinde factam. Et judicatum est, non posse, in causa *Johannis Martini Gravii, contra Sixtum Botnia, d. 27. Octob. 1613. referente D. Saekma;* quoniam æstimatio illa per novam instantiam & peculiarem sententiam fieri solet. Aliud; Condemnatus est aliquis per modum provisionis ad *Consignandum* debitum, cujus extat confessio vel chirographum. Executionis mandatum est emissum, sed non habuit effectum. Dein sequitur, ut fit, condemnatio principalis in idem debitum. Mandatum *executoriale* quod dicitur, in causa provisionis impetratum, huic sententiæ principali applicatur, & fit executio sine judicis mandato. Quæritur, an recte: Judicatum est negative, quia nova est sententia, *inter easdem partes.*

Sed est alia hac de re notabilis observatio, quam verbis Sandii not. MSS. ad *d. tit. 29. Statut. art. 3.* exponam. *Nota*, inquit, *si ex provisionali sententia executio facta, & pignora capta, per subhastationem decretique interpositionem rite distracta sint, emptor plenum dominium adipiscitur. Publice enim interest, quicquid Judex sive definitiva sive interlocutoria condemnatione constituerit, suam habere executionem. Et quamvis postea provisionalis sententia revocetur, non idcirco pignorum venditio revocanda, quando non tam a sententia vim accepit, quam a publica potestate & auctoritate ejus, qui judicatum exequitur.* Joh. Dekherus *lib. 1. Dec. Belg. disc. 2. n. 5.* post Ant. Fabrum in *Cod. Sab. tit. de Distract. Pign. def. 23.* Tit. *Si vend. pign. ag. def. 4.* Tit. *de Execut. rei jud. def. 17. De Error. pragm. decad. 5. err. 5.* Atque hæc ita, tametsi ipse Creditor pignus emerit, ut Dekher. *d. loco.*

Hactenus de Pignorum capione, quam sequitur distractio: Fit etiam, ut pignora capiantur absque hoc animo distrahendi, ut inde judicatum conficiatur, duntaxat ut Reus tædio rerum suarum ablatarum, aliquid facti, ad quod condemnatus est, impleat; veluti ad rationes reddendas, ad suscipiendam administrationem, ad uxorem ducendam, aliaque, ut *superius* demonstratum est. Sed *hodie* non tam pignorum capione, quam immissione manus militaris in ædes condemnati, ut illis sumptum & salarium præbeat, quibus impensis fatigatus judicato parere in animum inducat, hæc res administratur.

‡ In creditoris arbitrio nunc positum est, num executionem prius in mobilia, an in immobilia, an in nomina & actiones fieri velit, quæ ut reus jurato indicet, ab actore peti potest. *O. P. S. E. l. & E. Tit. 39. §. 7.*

57. Sub-

57. Subjiciamus breviter causas, quibus sistitur & impeditur EXECUTIO. ‡ Est primo appellationis remedium, de quo *inferius*. II. Beneficium restitutionis in integrum, de quo *superius* actum, & quo non penitus impediri executionem, observavimus *ad tit. de Restit. in int. n. ult.* III. Querela nullitatis impeditur executio, *l. 4. §. 6. h. t.* si non appareat, animo tergiversandi esse motam, & probatio in promptu sit; nec enim processus novæ probationis, ne lis lite cumuletur, admitti debet. Quæ res etiam in Curia nostra admitti meruit, in allegatione falsi Procuratoris, qui rem judicatam obtinuerat, eo quod hæc sit nullitatis ratio, *l. 24. C. de procurat.* Scilicet, si vere mandatum non intercesserit, in eoque fraus facta fuerit, eaque facilis sit probationis: Alioqui prætextu mandati deficientis, admittere post sententiam oppositiones contra execut. periculosum fuerit. Causa illa ratione subreptionis, & fraudis in mandato commissæ, fuit *inter Albertum Bonerum contra Dominicum Sijtsema. d. 29. Maji 1600.* IV. Recte opponitur, quod obligatio, quæ per sententiam firmata est, novatione, solutione, aliove modo sit extincta, *d. l. 4. §. pen.* quo pertinet etiam, quod receperit id quod petebat, *l. 1. C. de Re Jud.* V. Exceptiones Scti Macedoniani ac Vellejani, post sententiam quoque admittuntur, *l. 11. de SC. Macedon.* VI. Exceptio doli mali, qua petimus actiones nobis a Victore cedi, *l. 41. §. 1. de fidejuss.* An etiam illa, quod Victor agendi jus non habuerit? Minime, cum ea de re sit judicatum, *l. 36. de Famil. ercisc.* Costal. *ad l. 38. de R. V.* Denique, an & oblato fidejussore potest evitari Executio? Non potest, nisi magna ex causa, *l. 4. §. 3. h. t.* Ex quo recte dixeris, Judicem posse dilationem executionis aliquando concedere, si condemnatus offerat fidejussorem: quando nec Princeps aliter inducias concedit, *l. 4. C. de Prec. Imp. off.* Extra hanc causam, *Induciæ Judicis officio contra res judicatas indulgeri non debent, quæ alioquin infructuosæ & elusoriæ redderentur; neque post multa variaque certamina spem & effectum condemnationis excludi decet*, ut ait *l. fin. de Compensat.* Verba Sandii *ad lib. 3. Stat. tit. 30. in pr.* qui varios adducit ὁμοψήφους, quos heic recensere nihil attinet. Votum addere licet; ut Judices Curiæque Supremæ gravitatem Juris Civilis hac parte malint imitari, quam promiscuis indulgere dilationibus & induciis, aliquando etiam *quinquennalibus*, de quibus *infra*.

Postremo recte opponitur Executioni privilegium, quod quis non teneatur ultra quam facere possit. Etenim sunt, qui non in solidum excutiuntur, sed tantum quatenus facere possunt, quos diximus *ad tit. I. de Action. num. 81.* Vir ab uxore conventus, habet hoc jus non modo in dote, sed & in aliis contractibus *l. 17. & l. 20. h.* imo & ad socerum extenditur, *l. 21. h. t.* durante affinitate, *l. 17. pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* non ea soluta, *l. 21. & seqq. h.* Socii habent hoc privilegium, si omnium bonorum sint, *l. 17. de re jud.* etiam vero socii particulares, ubi de illa re certa agitur, *l. 63. D. Pro soc.* quæ sic non est antinomia; ut vult D. Wissenbach. *ad fin. tit. Inst. de societate.* De filiisfam. hac parte, diximus ad *tit. Quod cum eo, qui in al. pot.* Milites huc etiam pertinent, *l. 6. in pr. & l. 18. h. t.* Nec non fratres, *arg. l. 63. Pro soc.* licet dissent. D. Wissenbach. disp. *ad Instit. 38. coroll.*

SCHOLIUM.

A militibus communiter extensio fit ad Comites, Barones, Nobiles, Doctores, Advocatos, Clericos &c.

Parentes & patronos idem jus habere, diximus *ad tit. I. de Action. num. 81.* denique Donatores, & hi quidem deducunt æs alienum, hoc est, præter æs alienum, quod prius deducunt, insuper adhuc retinent, quod ad tuitionem vitæ necessum est: reliqui obtentu æris alieni non juvantur, quin solidum iis excuti possit, si tempore executionis patrimonium sufficiat, etsi aliis creditoribus urgentibus nihil reliquum habituri sint, *l. 19. §. 1. l. 49. & seqq. eod.* Quantum vero id est, quod talibus relinqui debet? Lex nihil exprimit, nisi ut *egestas* excludatur, *l. 19. in fin. h.* quæ est *extrema paupertas.* Nam pauper simpliciter dictus, est *modici* homo patrimonii, *arg. l. 15. §. 15. de Excus. tut.* junct. *l. 4. eod.* Seneca *1. epist. 17. Non est quod paupertas nos a Philosophia removeat, ne egestas quidem.* Habere parum, est *paupertas*, habere nihil, *egestas.* Martial. *lib. 11. Non est paupertas, Nestor, habere nihil.* Liber est igitur beneficiarius hic, ab egestate, non a paupertate, & hoc judex definiet.

‡ Executionem sistunt exceptiones solutionis, compensationis, transactionis & rei judicatæ, sed & hæ non nisi in continenti liquidæ. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. §. 6.* Cæterum prolixum nimis foret, hic tradere, quid in venditione mobilium, subhastationeque immobilium juris novissimi sit; legant, quorum interest *h. Tit. §. 8. seqq.* juncto etiam *Tit. 40.*

quia non fiunt examinationes præsentibus adversariis, ut olim, verum seorsim apud judices solos, ut *ad tit. de Testib.* auditum est: Proinde confessiones ad interrogationes adversarii factæ, pro talibus habentur, ut efficiant condemnationem, non quæ alias fortuito sermone proferuntur. Oportere etiam certas esse confessiones, & de causa principali peremptorias, sponte res loquitur, & *l. 6. in pr. h.* Alioqui argumenta solummodo præbent. De Condemnationibus voluntariis, quæ huc etiam referri possunt, *superius* dicta sufficiant. Insignem de Confessis locum habet Mornacius ad *l. 25. D. Ad L. Aquil.*

TIT. III.

De Cessione bonorum.

I. Sententia tituli, & quale beneficium Cessionis. II. Modus cedendi, & effectus ejus. III. Casus, quibus cessat hoc beneficium. IV. De Cessione extrajudiciali, quam vocant Abandon. *V. De induciis quinquennalibus.*

DEbitori condemnato, vel in jure debitum confitenti, vel extra judicium id agnoscenti, permittitur cedere suis bonis; Nam si horum nihil fecerit, non audietur, *l. 8. h. t.* cujus rei causam infra videbimus. Conceditur autem hæc cedendi facultas beneficii loco, quia debitores, qui bonis cesserunt, hæc duo consequuntur; primo, quod in carcerem conjici vel inquietari non possunt, *l. 1. C. h. t.* ne quidem ab aliis, quibus debent, habetur in *l. 4. §. 1. h.* quorum timore scilicet, non cesserant, ut *gl. ad d. §. 1.* Alterum beneficium est, quod post cessionem, etsi per eam non liberantur, tamen non tenentur ultra quam facere possunt, *l. 4. pr. h.* Rursus conveniri, bonaque iterum vendi non possunt, nisi postea debitor notabiliter fit locupletatus, *l. 5. §. 6. h. t.* Quod salva existimatione fit cessio, *l. ult. C. h. t.* id minus accurate beneficium vocatur, non magis quam prohibitio cruciatus corporalis beneficium est, in *d. l. ult.*

2. Modus cedendi est, ut non modo in Jure, sed etiam extra Jus fiat; sufficitque, per nuntium vel per epistolam id declarari, *l. ult. h. t.* modo præcedat agnitio debiti, *d. l. 8.* Cur sine ea non potest fieri cessio? Nonne satis agnovisse videtur debitum, qui propter illud bonis cessit? Non videtur; utique non quantitatem ejus, & si deinde cum ad facultates rediisset, debitor se opponere vellet, nova lis sustinenda foret creditori, ut inter alia ad hoc requisitum observat *gl. d. l. 8.* Ergo si contra alios creditores deinde velit uti beneficio cessionis, ut eum posse diximus, debitum prius agnitum oporteret. Tenetur etiam debitor ad profitenda bona sua, & creditoribus inquisitio in patrimonium permittitur, *l. 3. C. h. t.* ubi, *facultates ipsius oportet inquiri.* Proinde *ita demum cessionis beneficium implorare potest debitor, si prius omnia sua bona creditoribus indicaverit, Gl. & Dd. in l. pen. C. h. t. Et cedens, qui bona sua occultavit, non solum hoc beneficio privatur, sed & in duplum ejus quod dolo sc. occultavit:* Ita Sandius *ad Stat. Fris. lib. 3. tit. 31. art. 2.* auctorem laudans Jacobum Cancerium *part. 2. var. resol. c. 9. num. 15. 16.* De omissione beneficii non est dubium; de pœna duplici desidero majorem, quam est Jacobi Cancerii, auctoritatem. Lege ad hoc opus est, opinor; Furto enim etsi res hæc affinis est, proprie tamen furtum non est.

3. Facta cessione, creditores bona vendere, pretiumque in solutionem crediti sui convertere debent, *l. 3. 4. 7. h. t.* Nec enim possunt creditores auctoritate sua *dividere hæc bona, & jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati sua consulere permissum est.* habetur in *l. 4. C. h. t.* secus si fecerint, nullo tempore eas res usucapere possunt, *d. l. 4.* nec deinceps actionem in id, quod amplius eis competit, exercere possunt, *arg. l. 15. §. 4. vers. Nam si Creditor. de Re Judic.* Cæterum, quamdiu venditio facta non est, Debitor, qui bona cessit, habet pœnitendi locum, & solvendo, vel defendendo se, consequi potest ne res veneant, *l. 3. & l. 5. h. t.* Est etiam res liberæ voluntatis cedere bonis, nemo ad hoc cogi potest, *l. 1. & t. D. & C. h.* adeo ut perperam agant creditores, ut vidi facientes, qui contendunt, ut debitor condemnetur ad cedendum, vel bona relinquenda; executionis media urgere debent, voluntatis actum extorquere non possent. vid. tamen ad *tit. de Curat. bon. dand. in fin.*

Sunt etiam casus, quibus cessat hoc beneficium. I. Si debitor non agnoscat debitum, ut habuimus ex *l. 8. h. t.* II. In causis criminalibus, etiam pecu-

cuniariis, nam in his locum habet regula *l. 1. §. ult. de pæn.* Qui non est solvendo, luat in corpore, licet aliter indicare videatur *Lex ult. §. 4. C. de Custod. & exhib. reor.* Sed illa constitutio non est pars juris Justinianæi, inserta ex Basilicis, ut apparet. *Damnatus ex crimine*, ait Sandius noster MS. ad *art. 1. d. tit. 31. lib. 3. Statut. Fr. ad solutionem mulctæ civilis, vel damni æstimationis, non juvatur hoc beneficio cessionis.* citans Grivellum *decis. 78.* Jac. Cancer. *part. 2. Resolut. cap. 9. n. 38.* Diff. tamen Covarruv. *lib. 2. Resol. c. 1. n. 8.* Ant. Tessaur. *Decis. 182.* III. Cessat in causa tributorum & vectigalium, etsi tales jure civili ad pœnam corporalem non teneantur, sed omnibus bonis excutiantur, *l. 2. C. de Exact. tribut.* Idque moribus ita servatur, Imbert. *Inst. forens. c. 6. in fin.* Burgund. *ad consuet. Flandr. tract. 10. n. 10.* Porro Justinianus cedendi necessitatem IV. remisit iis, qui bonam copiam ejurarent, hoc est, jurejurando adfirmarent, se nec habere unde solvant, neque fecisse, quo in eum statum devenirent, *Nov. 135. c. 1.* sed hæc constitutio nusquam recepta est. V. Negatur cessionis beneficium non modo fraudatoribus, qui bona sua non fideliter profitentur, de quibus est dictum, *sed etiam Decoctoribus; Indulgetur enim hoc beneficium iis, qui vitio fortunæ, non suo, facultatibus lapsi sunt; At qui sua culpa, datave opera suas res ad aliorum perniciem decoxerunt, carceri mancipantur;* Ita notat Sandius MS. *ad d. tit. Stat. Fris. art. 2.* auctores laudans Strauch. *de Decoctor. P. 2. num. 1. & sequ. Part. 3. n. 1. & sequ. Part. 7. num. 1.* Frider. Husanum *de propr. homin. c. ult. num. 89.* P. Heigium *Quæst. jur. P. 1. Quæst. 31.* Hæc ipsa juri communi convenientia, nostris aliorumque populorum Statutis inserta sunt, dum petentibus hoc beneficium injungitur, ut probent, se absque sua culpa desiisse solvendo esse; ut exhibeant inventarium, nec quicquam celent, & similia passim obvia. Quarum rerum argumento, Thomasius *hic* laudat Schilterum, *Ex. 46. th. 8. 10.* tradentem ita; Jus Romanum parum discrepare a jure hodierno, quod non nisi creditorum consensu, aut Principis decreto, cessionem fieri permittit. Equidem Principis auctoritas Jure civili novissimo requiritur, & hactenus creditorum consensus, quod hi eligere possunt, utrum cessionis beneficium, an quinquennales inducias concedere velint, *l. ult. C. h. t.*

Sed quia cessionis *beneficium* usu hominum transiit in *maleficium*, Legibus & moribus hodiernis longe difficilior via cessionis* est constituta. Debitor enim hoc jus petere debet a Principe, vel a Curia Suprema. Literis hujus beneficii impetratis, ut earum effectu gaudeat, debet citare Creditores suos, *intra mensem*, ut apud nos, & coram illis in Judicio ipse, non per nuntium, epistolam, aut procuratorem, exhibere literas beneficii, ac petere, ut *interinentur*, fide publica facta, sine culpa sua redactum se esse ad inopiam; cum inventario jurato omnium bonorum suorum, & declaratione, se quicquid habet, destituere creditoribus, retenta sibi tantum veste quotidiana. Quod si Creditorum aliquis, (unus sufficit,) narratis se opponat, & fraudem arguat, Impetrans beneficii cogitur se conferre in carcerem, ibique manere, donec super ejus petitione summatim judicatum sit. Quam si contingat ei denegari, vult Lex nostra, ut sine novo processu, publicæ ignominiæ, sententia rejectionis pectori suffixa, per dimidiam horam exponatur, quemadmodum id executioni datum est adversus quendam *Peicke Poppes, d. 15. Jul. 1606.* Quid autem, si creditores non contenti hac ignominia negatæ debitori cessionis, diutius eum detinere velint, donec iis solvat, poteruntne rursus eum includere carceri? Posse videbantur, quia liberatio a carcere est beneficium cessionis; quod ei negatum. At Curia nostra censuit, hoc creditoribus esse negandum, in causa *Laurentii van Voort. d. 17. Octobr. 1617.* duplici, ut videtur, ratione. Primo, quod Lex nostra post ignominiam publicam, nihil addit, quam Reum manere creditoribus obligatum, Altera, quod expositio ignominiosa sit

* Ita secundum Jus nostrum, cessio bonorum invitis creditoribus debitorem, a carcere publico non liberat, *P. 2. C. El. 22.* §. Und es soll ihm davon. Carpzov. *ad eand. def. 12. j. def. 11.* imprimis si dolo, vel lata etiam culpa debitor solvendo esse desierit. add. *Ord. P. S. T. 52.* Svendend. *ad Fib. pag. 1028. sq.* a quo tamen immunes sunt personæ illustres, & quæ beneficio competentiæ gaudent. Carpzov. *d. l. def. 18.* Berlich. *P. 2. Concl. 28. num. 3.* In Saxonia Communi debitor non solvendo existens, adjudicatur ad manus Creditoris, qui eum vinculis inclusum tenere, ejusque servitiis tam diu uti potest, donec integrum debitum præstiterit. *a.* LR. *l. 3. art. 39.* Wb. *art. 27.* Carpzov. *ad d. C. def. 1.* Richt. *Dec. 41. num. 51.* quæ pœna in Electoratu sublata est, *d. C. 22.* §. Und nachdem. Carpz. *ad eand. def. 2.*

exe-

executio pœnalis, post quam reos carcere liberari, moris & juris est. Quæsitum est, an contra mulieres debitrices hæc severitas exerceri queat; * eo quod mulieres propter civilia debita prohibentur includi, *l. 1. & Auth. Hodie. C. de off. diverf. jud.* Sed hujus legis usus, a Theodosia forsitan Imperatrice ortum habens, ad hoc seculum pertinere, non est visa Senatui, *in causa Petri Clock, contra Inte Popper. ante ferias Quadrag. 1610.* idemque Senatui Parisiensi visum, teste Roberto *lib. 2. rer. judicat. c. 6.* Impetrata cessionis venia; nostris aliorumque Legibus, alterum ex beneficiis, ne teneantur ultra quam facere possint, & ne, quod modicum dein acquisiverint, ipsis adimatur, *l. 6.* adeo coarctatum est, ut ad nihilum prope redactum videatur. Præcipitur enim his, quibus bonis cedere permissum est, ut quicquid deinceps acquisiverint, commodo suorum creditorum consignare teneantur, nec quicquam sibi retineant, quam culcitram lecti, & de singulis supellectibus unam speciem, modo non sit ex auro, argento, vel stanno, aliave majoris pretii materia, *d. tit. 13. art. 3.*

4. Forte de hac severitate Legum municipalium, quam fateor habere causam justissimam, dicere liceat: *Excessit medicina modum*, Et nocet nimius rigor, cui pares non sumus. Vivimus seculum, quo nec mala, nec remedia nostra ferre possumus. Ea re factum, ut neminem mea memoria beneficium cessionis implorasse viderim. Sed magno hominum impetu itum est in cessionem, ferme ad exemplum Juris Romani veteris, Gallica voce appellant *Abandon.* Debitor, qui non est solvendo, convocatis creditoribus suis, in judicio vel extra judicium declarat, se bona sua illis cedere. Possunt equidem non acceptare ejusmodi cessionem; sed rarissime negatur, si nulla sit malæ fidei suspicio. Nullum quidem juris beneficium consequitur hoc modo debitor; sed facto & usu idem fere, imo plus, quam Cessio tribuit, consequitur. Non in carcerem conjici, quis enim famelicum alat gratis? Nec modicum deinde quæsitum ei solet auferri: Etsi verum est, utrumque, si quis id operæ pretium putet, fieri posse. Nunquid etiam post acceptationem Cessionis? Ita videtur. Nam acceptatio talis Cessionis nihil continet quam quod vox sonat, bona debitoris accipi in solutum pro modo substantiæ, de reliquo nulli parti juris sui renunciant creditores. Bona hoc etiam modo cessa, vendi, non dividi inter creditores, aut jure dominii possideri oportet, *l. 2. C. Qu. bon. ced.* Proinde si creditores acceptata Cessione extrajudiciali, bona non redegerint in inventarium, neque publice vendiderint, verum inter se partiti sint, deinde reversum ad facultates debitorem de reliquo convenire non possunt: Ac ita consultus respondi hominibus Harlinganis, *d. 27. Novembr. 1687.* Eaque res satis frequenter usu venit. Sæpe etiam debitores paciscuntur, ne posthac amplius conveniantur; quod tamen crebrius apud Batavos accidit: ubi debitores foro cedentes, in locum alienæ jurisdictionis tanquam in asylum se conferunt: Inde petunt a Principe sive ab Ordinibus, *salvum conductum* sive securitatem corporis. Eaque tanquam arce muniti, creditores suos ad paciscendum provocant. Ingens materia Querelæ, & reformationis: sed quæ non est hujus loci.

5. Antequam Cessio bonorum perficiatur, usu venit frequenter, ut debitores petant a creditoribus inducias, aut, si ab illis impetrare nequeant, a Principe, vel a Curia Suprema vicem Principis aliquando exercente, ut apud nos institutum. Est etiam hoc jure Civili proditum, *quando a Cæsarea Majestate petitur, ut ad miserabile cessionis venire liceat auxilium, ut electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium eis indulgendi, vel bonorum accipiendi cessionem. l. ult. C. Qui bon. ced. poss.*. Quæ constitutio non meminit Cautionis a debitore præstandæ; sed ea sine dubio supplenda est, ex *l. 4. C. de Precib. Imp. off.* ubi sancitum est, *universa rescripta, quæ in debitorum causis super præstandis dilationibus promulgantur, non aliter valere, nisi fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur.* Tum primo Creditorum agitur conventus, & quod major eorum pars statuerit, hoc observatur. Pars autem major non tantum ex numero, sed etiam ex summa debiti colligitur. Pari autem quantitate debiti reperta, dispari vero creditorum numero, tunc numerus creditorum prævalet. Si vero tam quantitatis quam numeri creditorum æqualitas inveniatur, tunc humanior sententia præfertur & induciæ conceduntur. Denique, personales creditores in hac electione decernenda, tantundem

* Jure Saxonico Electorali, fœmina, quæ de jure suo admonita ob debitum proprium ad carcerem se obligavit, ab incarceratione non est immunis, *P. 2. C. Elect. 21. §.* Ob denn auch wohl. secus Jure Sax. Comm. obtinet. Carpzov. *ad d. C. def. 9.*

dem valent ac hypothecarii, sine præjudicio tamen juris hypothecarii in debitis partiendis, *d. l. ult.* An etiam pars major creditorum potest cogere minorem partem ad remissionem de ipsa debiti quantitate faciendam? Non potest *d. l. ult. v. In rebus autem.* Exceptis duobus casibus, quos habuimus ad *tit. D. de Pact. n. 12. p. 631. part. pr.* Nostris Statutis, cui gentes aliæ consentiunt, diserte quoque cautum est, ne literæ publicæ edantur, quibus minor pars aut aliqui Creditores cogantur ullam partem debiti remittere, vel inducias concedere, nisi cautione præstita, *l. 3. t. 30. art. ult.* Quid igitur, an cautione data coguntur etiam debiti remittere partem creditores inviti, cum pars major consentit? Res est magni usus. Statutum sic ait, *Literæ nulla dantor, quibus creditores consentire cogantur Pactioni, à debitore cum majori parte creditorum facta: Ita ut tenerentur ejusmodi pactione remittere partem debiti, vel inducias concedere, aliter quam præstita cautione.* Quæritur, an hæc ultima verba, *sonder te stellen Cautie,* pertineant ad utrumque membrum Legis, remissionem debiti & inducias, an vero ad inducias tantum. Quod ad utrumque pertineant, idcirco dicendum videtur, quia hæc verba claudunt orationem totius articuli. Sed magis est, ut ad ultimum membrum, quod est de induciis, solummodo pertineant, idque ob has rationes. I. Quia per totum illum titulum agitur de induciis sub cautione permittendis, nihil de parte debiti; verisimile igitur est, *in art. ult.* cautionem ad easdem inductas referendam. II. Quia quod jure Civili tam graviter constitutum est, in substantia debitorum ipsa non præjudicari creditoribus plurium consensu, non potest neque debet videri Statuto tam obiter esse abrogatum: Si hoc voluissent Legislatores, rem notabilem verbis clarioribus & indubitatis exposuissent. Atque in eam partem usus fori, quod observare licuerit, inclinat. Agunt hac de re Böerius *decis. 296. num. 3.* Marant. *de Satisdat. n. 23.* Pap. *decis. 109. in fin.* Dekher. *lib. 1. decis. Belg. dissert. 10. n. 10. & seqq. ex* Sand. MS.

Quod autem ad inducias attinet, si Creditores in eas consentire nolint, & debitor bonis cedere gravetur, Princeps aut Curia, inquam, literas in eam rem edere potest petenti, prævia cautione, & auditis summatim creditoribus. Sed quia rarius accidit, ut homines ad eum statum redacti fidejussorem invenire queant, hinc literæ *Quinquennalium* rarissime frequentantur; & res plerumque exit in Cessionem extrajudicialem, modo descriptam.

TIT. IV.

Quibus ex causis in possessionem eatur.

I. Sententia tit. & an detur hac missio ex duplici decreto. II. Quibus detur, & prosit.

Si debitor non cedat bonis, verum latitet, sive jam condemnatus, sive primitus se non defendens, Creditores in possessionem omnium bonorum ejus, a prætore mitti possunt, *l. 2. & l. 7. h. l. 6. C. de Bon. auctor. jud. possid. l. 2. & l. 3. C. Qui pot. in pign.* Missio in universa bona, fit ob tres causas, legatorum, ventris nomine (de his dictum suis titulis,) & rei servandæ gratia, *l. 1. h.* Ob rem servandam mittuntur creditores ex duplici Edicto atque decreto: primo custodiæ causa, si non constet, debitorem animo fraudandi latere, *l. 2. pr. §. 1. h.* alterum est distractionis ergo, ubi de animo fraudandi constet, *l. 7. §. 1. h.* & si ab initio fraus liqueat, edictum distractionis statim obtineri potest, *d. §. 1. & seqq.* Ita liquet, primum & secundum decretum, quod de damno infecto dari supra intelleximus, ab hoc duplici decreto esse diversum, secus ac *Dd. comm.*

SCHOLIUM.

Qui duplex decretum in hoc titulo agnoscunt, ii vel id confundunt cum duplici decreto damni infecti, vel ab eo distinguunt. Prius videtur facere Habnius ad Wesenb. tit. de damn. inf. passim. *Conf. Schilter.* Ex. 46. th. 14. *Posterius autor hic, & Strauchius in priori editione, cujus verba dedimus* in not. ad XXIV. 9. p. 343. seqq. *Ergo quod Dissentientes attinet, quos inter est Wissenb.* ad tit. de damn. inf. th. 15. & 16. *Strauch.* Ex. 24. th. 2. *eorum rationes contra priorem expositionem aliquid valent, non contra posteriorem, ut ostendimus* in not. Strauch. d. l. pag. 344. *Ceterum, Jure Saxonico quomodo in reum ab initio latitantem procedatur, ostendit* Ordin. Proc. tit. 10.

2. Missio autem prodest omnibus, etiam contra quos non latitavit debitor, *l. 7. §. 7. h. l. 12. pr. de reb. aut. jud. poss.* modo reliqui in eadem pro-

provincia cis biennium, absentes intra quadriennium certiores faciant missos, & partes sumptuum ferant, *l. ult. C. de bon. auct. jud. possid.* ut tamen qui sciens cum fraudatore contraxit, cum cæteris creditoribus non veniat in partem, *l. 25. tit. seq.*

Datur etiam creditori conditionali, *l. 6. b.* Imo non datur, *l. pen. §. ult. h.* scilicet ex Edicto primo, quod ad effectum distractionis, quæ non competit ante existentem conditionem, verum custodia datur ipsi ex *d. l. 6.* Denique hanc possessionem longe diversam esse ab ea, quæ fuit *in tit. de acq. poss.* satis evidens est, vid. *l. 3. §. ult. de acq. poss.*

TIT. V.

De rebus auctor. jud. possidend.

I. Jus & effectus missionis in possess. II. Differentia inter missionem, quæ fit rei servandæ, & exequendi gratia. III. Aliud discrimen.

QVando missio in possessionem bonorum facta est, primo quidem Creditores adipiscuntur jus pignoris Prætorii, quod tribuit illis actionem hypothecariam, *l. ult. C. de Præt. Pignor.* Sed quia missio facta & impetrata ab uno, prodest etiam cæteris creditoribus, *l. 12. h. t.* hinc cessat inter eos privilegium ordinis, ut diximus ad *tit. Qui pot. in pign. n. 23. pag. 1061.* Sed respectu tertii, non cessat privilegium temporis, *l. 2. C. Qui pot. in pign.* Qui textus *& sequ.* collati cum his, quæ dicta sunt, interesse docent multum inter missionem, quæ fit rei servandæ gratia, & inter eam, quæ fit exequendæ sententiæ causa. De priore verum est quod antea diximus, in eo non esse locum privilegio temporis, nisi contra diversi ordinis creditores; Ita qui primus in possessionem rei servandæ gratia missus est, præfertur ei, qui deinde judicati causa missus est, *d. l. 2.* cui non præfertur, si hic tanquam creditor personalis, ut tempore missionis fuerat, illam, quæ rei servandæ causa petita fuerat, participare voluisset, per *d. l. 12. h. t.* Sed qui pignus judicati adeptus est, creditoribus aliis personalibus eodem tempore existentibus præfertur, *l. 3. d. tit.*

2. In hoc etiam differunt missio in possessionem, quæ rei servandæ gratia, cum debitor indemnatus latitat, & quæ fit judicati exequendi causa. Priore casu missi, tantum custodiam & observationem rerum consequuntur, *l. 3. §. ult. de Acquir. poss.* etiam quandoque fructuum colligendorum potestatem, *l. 7. in pr. & §. ult. Quib. ex caus. in poss. eat. l. 8. §. 1. & l. 9. in pr. h. t.* Et si debitor, missione spreta, creditores frustrari pergat, impetrant illi decretum de bonis vendendis, quemadmodum diximus *ad tit. Ex quib. caus. in poss.* sic tamen, ut si ante bonorum venditionem existat, qui reum defendere, vel solvere paratus sit, bona restituantur una cum fructibus, habita ratione impensarum a creditoribus factarum, *l. 4. in fin. & l. 9. de Reb. auct. jud. possid.* Possessio vero, quæ fit judicati exequendi causa, statim hac gratia decernitur, ut fiat distractio, in judicati satisfactionem, *l. 15. de Re Jud. & tot. tit. C. de Exec. rei jud.*

TIT. VI.

De Separationibus.

I. Quid sit, & quibus competat Separatio. II. Quibus casibus cesset.

SI plures sint creditores, & diversi generis, Separationem bonorum impetrare possunt; quæ est beneficium, quo creditores defuncti petunt, ut bona mortui, dividantur a bonis heredis obærati, ut sibi solis exinde satisfiat, *l. 1. §. 1. h.* Tantum habet locum in debitis mere personalibus. Nam hypothecarii ipso jure sic distinguuntur, ut creditores, qui bona defuncti habent obligata hypothecæ, in iis præferantur heredis creditoribus, etsi primo auditu παράδοξον hoc videatur, ut ex iis, quæ in utramque partem a Sandio *lib. 3. tit. 12. def. 13.* proferuntur, apparet. Sed ratio est, quoniam hypotheca est jus in re, quod semel in rebus defuncti stabilitum iis eximi non potest, quæ ratio cum cesset in personalibus, sequitur, hujusmodi creditores, qui cum defuncto contraxerunt, concurrentes cum creditoribus heredis, hisce non præferri, nisi petierint separationem, de qua loquimur. Qua petita, si quid ex defuncti rebus supersit, hoc sine dubio pertinet ad heredes ejusque creditores; at ipsis si quid deficiat, & ex rebus heredis aliquid supersit, ad illas non

non habent actionem *l. 1. §. 17. & l. 5.* quod tamen corrigitur in *l. 3. §. ult. eod.* Aliter Wissenbachius *h. t. th. 10.*

2. Cessat hoc beneficium, quando hereditas bona fide distracta, *l. 2. h.* vel res hereditariæ bonis heredis mixtæ sunt, *l. 1. §. 12.* creditoresque in integro cum herede contraxerunt, *d. l. 1. §. 10. & 11.* denique, post quinquennium ab adita hereditate, *d. l. 1. §. 13.* Negatur etiam creditoribus heredis, quoniam his nihil novi accidit, de quo conqueri possint; at creditores defuncti inciderunt in heredem, cum quo prius nihil egerunt, & cujus æri alieno non est quod implicari se patiantur, *l. 1. §. 1. & seqq. h.* Tu dices? Nonne, si heres onerosam hereditatem adeat, id æque grave est ejus creditoribus? Ut ut sit, tamen est ita, quod quilibet debitor novo ære alieno conditionem sui creditoris facere possit deteriorem, hic ipsum, ut libet, urgere vicissim potest ad solutionem, *d. l. 1.* Cæterum, si quidam ex creditoribus beneficium separationis non petant, hi creditoribus heredis connumerantur, *d. l. 1. §. 16.* Denique & heres necessarius, si bona defuncti non attingat, hoc ipsum beneficium impetrare potest, *d. l. 1. §. ult.*

Tit. VII.

De Curat. bon. dando.

Missione facta, Prætor Curatorem bonis constituit, ex consensu creditorum, & ipsius consensu; nam invitus non cogitur, quia non est munus publicum. Sand. *2. 9 11.* Fere eandem habent potestatem in bonis possessis, quam Curatores alii in bonis minorum, eandemque culpam præstant, licet respectu debitoris, non nisi de lata teneantur, *l. 2. pr. & §§. seqq. & l. 9. §. 5. de reb. aut. jud. poss.* Finis ejus est, ut bona non modo administret, sed tandem quoque distrahat, singulisque creditoribus satisfaciat, *l. pen. §. ult. h.* Atque ejusmodi Curator non tantum constituitur, si debitor latitet, verum & si bonis forove cesserit, *d. l. ult.* Quin & si in medio adhuc versetur, sed omnia negligat, & σύγχυσις creditorum ac confusio rerum fiat, res vult, ut Curator bonis detur, & in eum finem creditores adversus eum agere possunt, ut fit. Addesis quæ ad calcem *tit. seq.*

Tit. VIII.

De his, quæ in Fraud. Cred.

I. Sententia Edicti, & quibus prosit. II. An etiam alienare videatur qui non acquirit. III. An Curator bonorum hanc actionem movere possit.

Circa missionem in bona debitorum, frequens est quæstio de his, quæ in fraudem Creditorum alienata sunt. Si hoc post missionem decretam sit factum, habent creditores chirographarii utilem hypothecariam ex pignore Prætorio, *l. 2. C. de Præt. pign.* Si ante, habent Paulianam, de qua diximus ad *tit. de Action. n. 7. & seqq.* Qui ignarus est fraudis, non tenetur, inquam, nisi lucrativo titulo rem nactus, *l. 6. §. 9. & 11. h.* qualis non est Dos, *l. 56. §. 1. de jur. dot. l. 20. C. eod. l. 21. §. 1. de Don. int. vir. & ux. & l. 15. de O. & A.* nec etiam sponsio, Sand. *lib. 3. tit. 13. def. 2.* Sed & creditor, qui sine gratificatione aut vi, suum ante missionem occupavit, non tenetur, *l. 24. h.* nisi hypothecam habeant alii potiorem, quo casu extantem pecuniam vindicare possunt, *l. 3. Quod cum eo, qui in alien. pot.* de consumpta nemo nisi fiscus agere potest, *l. 18. §. ult. de jur. fisc.* item heres, qui inventarium fecit, & præpostere solvit, *l. ult. §. 6. C. de jur. delib.* Alioqui pretium non succedit in locum rei, *l. 1. de distract. pign.* nisi protestati fuerint creditores contra venditionem. Sand. *lib. 2. tit. 12. def. 27.* in quo vide plura ad hanc rem pertinentia. Potest etiam & debet curator bonorum uni solvens, exigere cautionem de refundenda pecunia, si alius potior accedat, *arg. l. 52. §. ult. de Pecul.* Alienasse etiam videtur, qui oppignoravit, *l. 10. §. 13.* quique alio genere modoque hypothecæ fecit, ut quidam creditores jus potius haberent, *l. 2. h. t. l. 10. §. 13. & l. 22. h. t.* Ex. gr. si Debitor creditoribus hypothecas privatas habentibus, dederit publicum crediti & hypothecæ instrumentum, cujus vi aliis creditoribus tempore quidem prioribus, sed privata instrumenta habentibus præponantur, juxta *l. Qui Scripturas. C. Qui pot. in pign.* idque paulo antequam debitor bonis cederet. Sand. *lib. 3. tit. 13. defin. 1.* Non alienat, qui jus sibi competens repudiavit,

pudiavit, *l. 6. pr. & §§. seqq. h. t. l. 19. & l. 20. h. t.* Sand. *lib. 3. tit. 13. def. 3.*

SCHOLIUM.

Intelligo jus ad rem, non, si dominio jam acquisito renunciet. Id enim, ni fallor, volunt verba Ulpiani, l. 6. pr. & §. 2. h. t. *Et hac etiam mihi videtur fuisse ratio decisionis, in præjudiciis Scabinorum Lipsiensium a Carpzovio* Decis. 161. *citatis, eoque inclinat ipse Carpzovius* in n. 22. d. decis. *Nam reliqua, quæ ibidem affert, non tollunt controversiam, per ea quæ jam dicentur. Non obstat sententiæ huic,* l. 19. h. t. *ubi pater hereditatem, quam utique in dominio habebat, ante tempus mortis suæ, contra voluntatem uxoris, quæ eandem filio demum post mortem mariti restitui voluerat, filio restituit, & tamen creditores non fraudasse, dicitur a Papiniano. Nam respondeo: non illum casum ibidem subesse, quod pater rogatus fuerit ab uxore hereditatem filio restituere post mortem suam, alias enim decisio* d. l. 19. *aperte esse contra* l. 10. §. 12. h. t. *sed fideicommissum simpliciter fuisse relictum, patremque non expectata morte sua filium emancipasse, & ita post emancipationem ex voluntate testatricis hereditatem restituisse filio.* conf. gloss. ad d. l. 19. *His præsuppositis, patet, quid sentiendum sit de sententia quorundam JCtorum, inter repudiationem lucri delati seu præsentis, & deferendi seu futuri ac incerti distinguentium, & hanc quidem in fraudem Creditorum fieri posse, arbitrantium, non vero illam. Vid. Dn. Schilter.* d. Ex. 46. th. 52. *cum quibus etiam facit Carpz.* d. l. *Neque enim lucrum delatum repudiare prohibent* d. l. 6. §. 1. & seqq. d. l. 19. & 20. h. t. *neque usquam in repudiatione lucri fraudem committi, sed potius creditores non esse fraudatos, asserunt ibi textus. Si hoc notes, facile respondere poteris ad objectiones Dn. Schilteri* d. l. *putantis, adversus eum, qui lucrum deferendum etiam repudiat, remedium Juris Canonici, aut delationem jurisjurandi concedendam esse, cujus quidem opinio non juvatur* per arg. l. 45. pr. de jure fisci, *ad quam cum communi doctorum Schola responderem, exceptionem a regula* d. l. 45. h. t. *in eadem contineri, (quod forte etiam ex mente Triboniani defendendum est,) nisi verba generalia, quæ rationis loco ibidem posuit Paulus,* æque enim in omnibus fraus punitur, *ostenderent, eum hac parte, quamvis sine prægnante ratione, a Præceptore suo Papiniano & Collega Ulpiano, pro more dissensisse, docuisseque, etiam repudiationem lucri ad alienationes fraudulendas, edicto Prætoris prohibitas spectare. Conf. de hac quæst. Sand.* d. l. & Wissenbach. h. t. th. ult.

2. Recte Thomasius, renunciationem juris delati, & præsentis, in præjudicium creditorum valere contendit, non etiam plane acquisiti. Quod enim semel pleno jure quæsitum fuit, in hoc creditoribus ex Edicto hujus tituli jus quæsitum est, quia patrimonium debitoris tum est diminutum; quod non fit, si acquirere noluerit, ut docet Ulpianus & Papinianus in *d. l. 6. & l. 134. de R. J.* Ac ita judicatum memini a Suprema Curia nostra, in causa parentis mei, contra malum debitorem. Hic hereditatem sibi delatum a propinquo, Sorori, cum qua colludebat, soli in necem creditorum relinquere volebat: sed Notarius, quem adierunt, ut ea de re conficeret instrumentum, scripserat, eum cedere suum jus hereditarium, sorori suæ, idque totum in eam transferre; cum simpliciter repudiare debuisset. Cessionis hujus copiam nactus creditor, contendit ad revocationem, & obtinuit eo facilius, quod esset hypothecarius: Nam quia debitor hereditatem sibi delatam non poterat cedere, nisi penitus acquisitam, & hoc ipso tantum quoad aditam, eodem momento creditoris hypotheca generalis illam hereditatem adficiebat & obnoxiam hypothecariæ reddebat, per *l. ult. C. Quæ res pign.* Nec tamen Creditori personali, non idem jus competeret ex hoc Edicto Prætoris; secundum ea, quæ diximus, & quæ habet Sandius *d. def. 3.* & Thomasius in *scholio*, qui recte respondet ad objectiones, nisi quod ad *l. 45. de Jure Fisci*, non debuit aliquam, præter exceptionis causam in favorem Fisci, quærere responsionem. Nam quod ultima verba *d. l. 45.* attinet, *æque enim in omnibus fraus punitur*, ex quibus ille putat, Paulum idem in omnibus statuere creditoribus, eorum non obscure mens est alia. Dixeram, non tantum donando, sed & quovis alio modo, quin etiam non acquirendo alienari: subjicit, *æque in omnibus* supradictis viis fraudem puniri. De creditoribus aliis, οὐδεὶς λόγος, nulla dicendi occasio. Postremo tenendum, quod heres actione fraudatoria non teneatur, nisi quatenus ad eum pervenit, *l. 10. §. fin. & l. seq. h. t.*

3. An autem hæc actio ad revocanda ea, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, a Curatore bonorum movebitur, aut moveri potest? Non videtur, quia Curator bonorum, licet a Creditoribus petitus, non est Procurator eorum, nec eos re-

præsentat, sed vices fungitur debitoris latitantis aut deficientis; Unde ei, & in eum actiones dantur; quæ ipsi debitori & in debitorem competunt, *l. 2. §. 1. de Curat. bon.* Sand. *1. 3. 1.* Atqui debitor, qui ipse fraudem patravit, non habet hanc actionem, sed Creditores soli. Cum autem plus commercii sit curatori cum Creditoribus, quorum sponte creatus est, quam cum debitore latitante, recte facturi sunt Creditores, si dent Curatori mandatum speciale, de his, quæ in fraudem suam alienata sunt, revocandis. Cæterum, etsi Curator ille debitoris personam repræsentet, non est tamen ejus Curator; ut recte vir nobilis, cujus bonis Curator erat datus, ut injuriam aliquando sustulerit, quod Curatorem habere demonstratus erat. Hæc etiam res commonefactos habeat Creditores, ne actiones debitori competentes ipsi instituant, ut notabili exemplo illustrat Sandius *l. 3. tit. 12. def. 25.*

LIB. XLIII.

De Interdictis, sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt.

I. Continuatio. Remissio, & usus tituli. II. Divisiones Interdictorum.

DIctum est antehac de actionibus ad jura, quæ patrimonium nostrum afficiunt, pertinentibus: sequitur nunc de remediis possessoriis, quæ non plenum jus tribuunt victoribus, sed tantum efficiunt, ne homines in possessione, hoc est detentione rerum, quæ ad ipsos pertinent, turbentur, aut impediti ut vindicentur. Hæc Interdicta vocantur, de quibus actum ad *Inst. l. 4. tit. 15.* & de Possessione, quæ est causa harum actionum *ad t. de A. R. D. sub fin.* Quid item differat jus possessionis a possessione, nec illud esse jus in Re, exposuimus prolixe, ut &, quo sensu actiones extraordinariæ appellentur, *d. tit. de Interd. Etsi autem interdicta proprie locum hodie non habeant, tamen ad exemplum eorum res agitur.* scriptum est in *l. 3. C. de Interd.* Quin & quotidiana praxis hodieque, ad similitudinem antiqui ordinis prætorii exercetur, maxime ubi de retinenda possessione quæritur, quod vulgo *maintenue.* Nam quando quis turbatur in sua possessione, statim implorat judicis officium, qui se confert ad locum contentiosum, ibique causa raptim cognita, pronunciat, & turbanti interdicit, diemque præscribit, quo si gravari se putet, judicio experiatur. Prius illud vocatur summarissimum, & posterius summarium, quatenus omne possessionis judicium ejusmodi est, ut *dix. ad Instit. h. num. 3.* Sed quia in plerisque foris judicia possessoria, quando ut actiones introducuntur, ordinariis dilationibus aguntur; hinc magis usitata est distinctio in possessorium plenum & summarium, quam in summarium & summarissimum. Hactenus tamen possessoria plena hodieque summaria esse debent, quatenus in iis semiplena probatio sufficit: nam hæc differentia non est ab ordine procedendi, sed a natura negotii, quæ non est mutata. Diximus *d. n. 3.* & addemus aliquid *ad calcem hujus libri.*

2. Species interdictorum e divisionibus noscuntur, quarum summa hæc est. Sunt vel de vera, vel de quasi-possessione: quæ de vera, sunt vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ, *l. 2. §. 3.* Adipiscendæ sunt iterum vel prætoria, vel imperialia. Prætoria, Quorum bon. Quod legat. de tab. exhib. de giand. leg. Salvianum, &c. Imperialia, veluti in *l. 3. C. de pign.* quod respondet actioni hypothecariæ, quemadmodum actioni Severianæ respondet Salvianum. Aliud est in *l. 3. de Edict. D. Hadr. toll.* Retinendæ possessionis sunt, Uti possidetis. Utrubi. de Superficiebus, Quod vi aut clam. de arboribus cædendis, & de migrando. Recuperandæ, sunt civilia vel canonica; Civilia sunt prætoria vel imperialia; Prætoria, ut Unde vi. de Precario, & fraudatorium, quod respondet Paulianæ, *l. 67. §. 1. ad SC. Treb. l. 96. de Solut.* Imperatoria sunt, in *l. 5. 6. 7. 8. pen. & ult. C. Unde vi.* quæ sunt de restituenda ab invasoribus possessione rerum immobilium, & æstimatione earundem. Canonica sunt, ex *cap. redintegranda. 3. quæst. 1.* Ex *cap. sæpe de Restit. spoliat.* de quibus ad *d. tit. infr. Unde vi.* Divisiones alias vid. in *l. 1. & 2. h. & in Inst.*

SCHOLIUM.

Dixerat autor superius, *interdicta dari vel de vera*

vera, vel de quasi-possessione. De illis hactenus. De quasi-possessione, hoc est 1. de possessione jurium, quorsum spectant interdicta titulorum 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 19. 20. 21. 22. 23. 29. 30. *quæ partim sunt retinendæ, partim recuperandæ quasi possessionis, ut ibidem videre est.* 2. *De possessione custodiæ causa, quo referendum est interdictum tituli* 4.

Tit. II.
Quorum Bonorum.

HOc interdictum a primis verbis, quibus Prætor usus fuit, nomen habens, respondet hereditatis petitioni, maxime possessoriæ, de qua *libro 5. & ad tit. I. de Interd. n. 5.* In causa testamenti, datur speciale remedium ex *l. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* per quod is, qui tabulas testamenti septem testibus signatas neque vitiatas ostendit, mittitur in possessionem rerum hereditariarum, & si contradictor sit, lis quam citissime finienda est *d. l. ult.* Aliquando etiam res per libellos expediri potest, ut Curiæ nostræ visum, in causa viduæ & fratris Hanenburgii, *d. 12. Jul. 1680.* Sed propter incertum judicii principalis eventum, fieri debet inventarium, ut in eadem causa placuit. Eundem effectum habet interdictum *Quorum bonorum*, sive e testamento sive ab intestato quis heres sit, *omnibus frustrationibus amputatis, l. f. C. Quorum bonorum.* modo proximum se esse probaverit, *l. 1. eod. tit.*

Tit. III.
Quod Legatorum.

I. Sententia Interdicti, & an locum habeat in donatione M. C. II. An hoc aut aliud Interdictum detur Legatariis in heredem.

LEgatarius sponte rem legatam occupans, (sine vi tamen, ne locum habeat sanctio *l. 13. Quod met. causa.*) tenetur hoc interdicto, ad restituendam heredi rem legatam, unde Falcidia detrahatur, *l. 1. §. 2.* modo heres caveat, legati dodrantem restitutum iri, *l. 1. §. 16. & seqq. h. t.* quod in donatione mortis c. dicitur cessare, *l. 1. §. 5. h.* ratione reddita, *quia portio Legis Falcidiæ apud heredem ipso jure manet, etsi corporaliter res in solidum translata sunt.* Contra ex eadem ratione Justinianus ait, heredem in casu donationis m. c. repetere pecuniam, quæ modum Legis Falcidiæ exceedit, *quia corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit, l. pen. C. ad L. Falcid.* Non agit Cæsar de interdicto, sed de rei vindicatione. Cur autem ubi hæc datur, non detur Interdictum? Vix ratio liquet, nisi quod interdictum supponit, rem post mortem esse occupatam; Proinde *lex 1. §. 5.* mihi videtur loqui de casu, quo donatario a defuncto res fuit tradita: tum quidem repeti poterit abundans pecunia, sed interdictum cessabit. Quod si donatarius rem donatam sibi non traditam, occupaverit, interdicto locus erit, *arg. d. l. pen.* secus ac D. Wissenbachius, qui *l. 1. §. 5.* accipit de casu opposito casui nostro, *th. 15. h.*

2. An & legatarius & fideicommissarius, habent interdictum, quo possessionem rei legatæ adipiscantur? Hoc utique præsens interdictum eo non pertinet. Nec ullum aliud in toto jure proditum est. Puto tamen, si legatarius rem legatam possideat sine vitio, & turbetur, habiturum eum Uti possidetis interdictum, per *l. 8. Pro legat.* Quod si heres rem non possideat, forte an legatarius eam sine vitio occupare posset, *d. l. 8.* at non in concursu heredis, e cujus manu ipse legatum petere debet; Etsi enim dominium directe & immediate habeat, *l. 64. de Furt.* possessio tamen ab herede præstanda est, *§. 1. Inst. de Legat.* vid. *l. 24. d. R. Vind.* Atque ita visum Curiæ nostræ, in causa celebri Amelandica. anno 1682. Qui legatarium seu fideicommissarium singularem se dicebat, is heredem, quo minus insulam occuparet, impediebat. Heres igitur instituit actionem ex interdicto *Quorum bonorum.* cui legatarius per modum reconventionis opponebat actionem quasi ex interdicto *Quod Legatorum;* sed hic tulit repulsam, *argument. eorum, quæ dicta sunt.* E contra Nobilis virgo, sine vitio possi lens fundum jure fideicommissi specialis, a Creditoribus Patris jus heredis habentibus conveniebatur, ut cederet possessione, fundumque e sua tanquam heredum manu peteret; sed a Curia in possessione adserta est, *anno 1681.*

Tit. IV.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

I. Sententia Edicti.. II. Actio quæ ex ea datur.

HOc interdictum est pro iis, qui a Prætore sunt missi in possessionem, propriamque habet naturam. Etenim reliqua sunt de possessione, quam tradit *tit. de acq poss.* hoc autem est de possessione custodiæ causa, de qua in *l. 3. §. ult. eod.* Denique, hoc & de retinenda & de recuperanda possessione est, diverso tamen respectu: Retinendæ, quando quis turbare velit missum in possessionem; Recuperandæ, cum idem dejectus est, *l. 1. §. 1. & 3.*

2. Actio ex hoc interdicto datur pœnalis, quanti ea res est, ideoque annalis est, cum reliquæ in factum actiones de interdictis sint perpetuæ: nec in heredes hæc transit, nisi quatenus pervenit, excepta Legatorum causa, quæ est perpetua, & datur in heredes simpliciter, eo quod hi satisdatione interdictum evitare possint, *l. 1. pr. & ult. h. t.* Non semper opus est interdicto; sed Prætor in causa liquida jure potestatis suæ, extra ordinem decretum suum exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem, *l. 3. in pr. h. t.*

Tit. V.

De Tabulis Exhibendis.

TAbulas ultimarum voluntatem, is cujus interest, hoc interdicto petit exhiberi, seu valeant, seu imperfectæ sint, *l. 1. §. 3. & 5.* nempe quod ad solennia juris attinet: nam si visibilis sit imperfectio, ut si tabulæ careant signis, cessat hoc interdictum, *l. 6. ad L. Cornel. de Fals.* Datur etiam post annum; in heredes tamen non datur, nisi & ipsi possideant, aut dolo possidere desierint, in id quod interest, *l. 1. pr. l. 3. §. pen. & ult. & l. 12. §. ult. Ad Exhib.*

Tit. VI.

Ne quid in loco sacro fiat.

Tit. VII.

De Locis & Itineribus publicis.

Tit. VIII.

Ne quid in Loco publico vel Itinere fiat.

HOrum tit. sensus ex rubricis intelligitur. Dantur enim adversus eos hæc interdicta, qui aliquid locis sacris publicisque, & inprimis itineribus, detrimenti vel incommodi adferunt, partimque sunt prohibitoria, ne faciant, partim restitutoria, ut id, quod factum est, in priorem statum restituant; danturque cuilibet ex populo.

Loca publica sunt, quorum solum publicum est. Via publica vocatur etiam Regia, & Consularis, Prætoria & Militaris, *l. ult. §. 1. tit. 7. l. 2. §. 22. tit. sequ.* Via privata est, quæ a fundo ad fundum, vel a via publica ad privatum ducit fundum, *d. l. 2. §. 22.*

Est & tertia species vicinalium, quæ in in vicos ducunt. Hæ sunt publicæ, nisi ex agrorum privatorum collatione sunt factæ; tum enim sunt privatæ, licet publico sumptu reficiantur; tamen hæ quoque publicæ habentur, si collatio memoriam hominum excesserit, *l. 3. de Loc. & itiner. publ.*

Sub locis publicis, mare vel campus publicus hic non intelligitur, quia illæ magis communes, quam publicæ sunt. Qui tamen usu illarum prohibetur, agere potest injuriarum, *l. 2. §. 9. tit. 8.*

SCHOLIUM.

Procederet hæc ratio quidem de mari ex doctrina Juris Romani, §. 1. inst. de R. D. *sed quomodo de campo publico eadem procedere valeat, non video. Ergo verius est, rationem* d. l. 2. *§. 9. in eo consistere, quod Prætor in edicto non locutus fuerit*

rit de ejusmodi factis, qualia ibidem proponuntur, sed de facto, quod opus post se relinquit. Unde etiam non male Wissenbach. h. t. th. 21. *loqui JCtum de interdicto directo. Dari autem etiam in his casibus interdictum utile, argumento est* d. l. 2. §. 8.

RESPONSIO.

Ulpianus conjungit hæc, piscari & navigare in mari, ludere in campo publico, lavare in balneo, spectare in theatro, quæ omnia, quod ad usum singulorum attinet, communia magis quam proprietatis publicæ esse videntur. Quid alioquin inter mare & campum intersit, non nescimus videlicet. Utile interdictum, in §. 8. præcedenti *certis speciebus applicatur; mox abruptum de eo silentium & negatio interdicti simplex, illud prius, in §. 9. utile dictum, satis excludit.*

N. ADDIT.

In loco publico Prætor prohibet ædificare, & ideo interdictum hujus tituli propositum est, l. 1. h. t. *Actus autem* l. 1. §. 9. *memorati, non pertinent ad ædificandum vel quid simile. Actus in* §. 8. *etsi non sit ædificatio, tamen est aliquid simile. Unde hic interdictum, utile datur*, in §. 9. *saltem actio injuriarum. Ergo jam expungatur in Scholio versiculus* Unde etiam non male, &c. *Ipsa Scholii observatio contra Autoris falsam rationem firma manet. Nec quicquam respondetur, quod ulteriorem dispectionem mereatur. Etsi enim Ulpianus hic mare & campum publicum conjungat, tamen evidens est, rationem legis non esse quærendam in natura horum locorum, sed in actibus.*

TIT. IX.

De Loco publ. Fruend.

PEr hoc defenduntur conductores publici, maxime agrorum, ne quis turbet eos in jure suo exercendo.

TIT. X.

De Via publica & si quid in ea factum dicetur.

TIT. XI.

De via publica & itinere publico reficiendo.

HÆc prohibitoria sunt, ne quis impediat eos, qui viam publicam reficiunt, quod unicuique juxta suum prædium incumbit faciendum; ipsis Dominis, non conductoribus, ut apud nos fere, *l. un. §. 3. tit. 10.* In eum, qui viam publicam *rejecit*, id est amovit, in hunc viæ rejectæ actio datur, *l. fin. tit. 11.* Viam publicam præscriptioni exemptam esse, docet *l. 2. tit. 11.*

TIT. XII.

De Fluminibus, ne quid in flumine ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.

TIT. XIII.

Ne quid in Flumine publico fiat, quo aqua aliter fluat, atque uti priore æstate fluit.

TIT. XIV.

Ut in flumine publico navigare liceat.

TIT. XV.

De Ripa munienda.

HÆc interdicta sunt prohibitoria in eum sensum, quem Rubricæ præferunt. Extenduntur etiam ad lacus, fossas, & stagna publica. Lacus est, quod perpetuam habet aquam, Stagnum quod temporalem, Fossa, receptaculum aquæ, manu factum, *l. un. §. 3. 4. 5. Ut in flum. publ.* Porro ripam agrumque suum juxta flumen munire, cuilibet licet, modo navigationem deteriorem ne faciat, & de damno infecto in annos X caveat, *l. un. pr. §. 1. & §. dabitur. de Rip. mun.*

Tit. XVI.

De Vi & vi armata.

Remissio, & Remedia juris Canonici huic adfinia.

HUjus Interdicti expositionem, dedimus ad *tit. Inst. de Interd. n. 25. & seqq.* Copia hujus remedii prompte datur, antequam de proprietate quæratur, juxta dictum juris Canonici, *Spoliatus ante omnia restituendus. cap. sæpe. X. de Rest. spoliat.* juri civili æque consentaneum, *l. 6. §. 1. C. Unde Vi.* Remedium ex *d. C. sæpe.* in eo distat ab Interdicto Unde Vi, quod etiam adversus tertium possessorem datur.

Imo habent Pontifices aliud locupletius, ex *can. redintegranda. caus. 3. Quæst. 1.* quod datur de recuperanda possessione tam mobilium quam immobilium rerum, etiam sine vi adempta possessione, & contra tertium quoque, non tamen bonæ fidei possessorem, maxime habentem causam ab auctore non vitioso, Gail. *2. obs. 75. n. 11.* Sand. *l. 5. t. 4. def. 1. vers. nec huic.* In Frisia contenti sumus jure civili, neutrum Juris Pontificii remedium usurpamus, Sand. *d. loc.*

Datur & petitorium ex causa violentæ invasionis judicium, de damno dato in duplum, *l. 7. C. Unde Vi.* Datur & condictio possessionis ei, qui sine vi possessionem amisit, *l. 15. §. 1. de Cond. ind.* ubi varia exempla, & est aliud in *l. 12. §. 1. de Condict. furt.*

Tit. XVII.

Uti possidetis.

Remissio, & an non possidenti detur Interdictum.

HOc interdictum tuetur possessorem rei immobilis, non possidenti non datur, *l. 1. §. 4. h.* Opp. *l. 3. pr.* *(a)* Qui non possidet, *(b)* est superior hoc interdicto. Resp. id ita est, *(c)* si ego turbavi eum, qui vitiose a me possidebat; tunc enim mihi quidem non datur interdictum, sed ipso interdictum implorante, sum superior. vid. Wissenbach. *ad tit. de Vi & vi arm. th. 1.* Reliqua pete ex *d. tit. Inst. n. 15. & seqq.*

SCHOLIUM.

(a) Verbis: Si quis proponeret possessionem justam & injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; Si a me possides, superior sum interdicto: Si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam & tu possides, & ego.

(b) Sed textus hic plane non obstat. Nequaquam enim dicitur ibidem, quod non possidens superior sit hoc interdicto, sed potius contrarium ostendunt verba modo adducta.

(c) Ergo non opus est, ut concessa ista assertione, aliud effugium quæramus cum Autore.

RESPONSIO.

Locus ille, quem Thomasius excerpsit, est obnoxius huic quæsito, quo pacto plures in solidum eandem rem possidere queant, quod negat fieri posse, Paulus in l. 3. §. 5. de Acqu. poss. *Contrarium in hac* l. 3. pr. *supponitur. Ea res quam varie explicetur, videri potest apud Glossam* in d. l. 3. *Nec id jam prolixius exequi consilium fuerat: Quod est extra controversiam, excerpere contenti fuimus. Si possessor violentus a dejecto turbatus, interdictum imploret, dejectum esse superiorem palam est. Quod Thomasius ait, dejectum, eo quod dejicientem turbavit, adeptum esse possessionem, nihil est, cum ex rei natura, tum verbis textus, quibus ille, quem alter vi dejecit, adhuc possidere dicitur, quod non faceret, si ab altero dejectus, eo quod turbatus, etiam possessione privatus esset.*

N. ADDIT.

Ergo putat Autor, legem, de cujus explicatione loquimur, loqui de eo, qui per vim dejectus *est a possessione, & postea vi dejicientem iterum turbat. Sed hic casus non potest in verbis legis subintelligi. Nam vi dejiciens justum possessorem, vincit hunc interdicto recuperandæ possessionis unde vi, si hic illum ex intervallo iterum vi dejecerit,* l. 3. §. 9. l. 17.

§. 9. l. 17. unde vi. *Cur ergo non vinceret etiam in interdicto retinendæ possessionis dejectum, si hic eum saltem turbaret. Ergo verius, textum loqui de casu, ubi quis possessorem justum per vim in possessione sua turbavit, sic ut non ejecerit eum ex fundo vel domo, sed tamen contra ejus voluntatem simul possessionem in fundo vel domo apprehenderit.*

Qui victus est in possessorio, is non potest appellare, *l. un. C. Si a mom. poss.* sed ad petitorium transire debet. Interim sententia hujus interdicti minime est interlocutoria, sed definitiva, *l. 35. de Acq. poss. l. 13. C. de R. V. l. 3. C. de Interd.* At in foro secundum jus Canon. appellatur in Interdictis, quod ad devolutionem cognitionis, non etiam quod ad suspensionem executionis attinet. *cap. ex conquest. de Restit. spoliat. & C. significaverat. X. de Testib. C. Un. clem. 1. de sequestr. poss.*

TIT. XVIII.
De Superficiebus.

SUperficies hoc loco est ædificium in solo alieno, cujus tuendæ causa datur interdictum Uti possidetis, quemadmodum & utilis in rem actio, *l. 1. §. 3. h. t.*

SCHOLIUM.

Non tam tuendæ superficiei causa quam juris superficiarii, interdictum datur. Quomodo vero superficies & jus superficiarium differant, & quomodo hoc acquiratur, vid. Strauchium apud Schilter. Ex. 47. th. 62. p. 355. seqq.

RESPONSIO.

Contentis esse licet, opinor, nobis, cum Prætore loqui. Sic ille, ut superficie fruimini, quominus fruamini, vim fieri veto, l. 1. in pr. *Rursus,* si actio, de superficie dabitur, vim fieri veto, §. 3. *Jus superficiei nihil est aliud, credo, quam facultas, qua superficies ad nos pertinet. Hæc facultas est res incorporalis, quæ non possidetur*, l. 3. in pr. de Acquir. poss. *Judicia possessoria proprie quidem sic dicta, ut superius intellectum est, sunt de rebus corporalibus; & propterea, quod de superficiebus est proditum, de ipsis est, non de jure*, quod fit τῷ καταλαμβανόμενον, mente comprehensum, *ut noster ait Theophilus ad t. I. de Obl.*

N. ADDIT.

Mihi vero liceat verba Prætoris & legum exponere. Superficiei vox *usurpatur de re corporali partim, partim de jure incorporali circa hanc rem:* Frui *superficie, de re corporali non fungibili, qualis est omnis superficies, non dicitur, sed fruimur rebus vel fungibilibus mobilibus, vel juribus: Ergo frui superficie, est frui jure, quod in superficiem competit. Eadem est ratio actionis de superficie, i. e. de dominio rei superficiariæ. Porro et si res incorporalis non possi leatur, tamen quasi possidetur, quod ad interdicta sufficit.*

TIT. XIX.
De Itinere actuque privato.

HUic Interdicto speciale est, quod non tantum detur, ad tuendam quasi-possessionem itineris vel actus, sed quod etiam de jure pleno & quasi de proprietate competat, *l. 3. §. 13. & l. 5. §. pen. h.*

SCHOLIUM.

Quatenus nimirum de refectione itineris non impedienda prospicit. Datur enim in hoc titulo duplex interdictum, unum de usu itineris tuendo, l. 1. pr. h. *Alterum, de itinere reficiendo*, l. 3. §. 11. eod.

RESPONSIO.

Quid est in eo proprietatis, ut iter reficiatur, cum idem in servitute de Cloacis, de rivis, & similibus, ubi causa proprietatis nulla verti dicitur, sit proditum, l. 1. de Rivis. l. 1. de Cloacis? *Equidem singularitas illa servitutis hujus, satis est notabilis; Cum enim a reliquis judiciis possessoriis fit transitus ad petitoria, hoc interdictum, utramque continens causam, ejusmodi transitum ignorat. Nam qui hoc utitur, duas res docere debet, & hoc anno se usum, & ei servitutem competere, ut docet Ulpianus* in l. 3. §. 13. h. t. *Hoc autem infert exinde, quoniam actor hic agit, sibi esse jus reficiendi: Quare autem cum in aliis servitutibus Prætor etiam tueatur reficientes, in illis Interdictis non æque jus proprietatis infertur? Dixerim, quia jus reficiendi hic propria actione, post interdictum de usu & quasi-possessione itineris obtentum, petitur, ideoque distinctum a possessorio, vim habet*

habet petitorii: In cateris refectio primitus, ut exercitium & quasi possessio servitutis permittitur. Singularitas igitur, liquide loquendo, hac est; quod non sufficit hic, possessionem docere, sed etiam jus principale servitutis probandum est.

N. ADDIT.

Vides igitur, Autorem non dissentire a Scholio, uti verba initialia responsionis videbantur præ se ferre, sed saltem explicare, & positionem pariter suam, & scholium meum.

Tit. XX.

De Aqua quotidiana & æstiva.

Tit. XXI.

De Rivis.

Tit. XXII.

De Fonte.

Tit. XXIII.

De Cloacis.

HIs titulis traduntur Interdicta, quibus prohibentur, qui usum fontis, rivi, cloacæ, aut aquæ cottidianæ & æstivæ impediunt. Quotidiana aqua est, qua adsidue utimur, Æstiva, qua æstate tantum, *l. 1. §. 3. & 4. tit. 20.* Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrit, *l. 1. §. 2. tit. 21.* Cloaca, locus cavus, per quem colluvies quædam fluit, *l. 1. §. 4. h. t.*

Tit. XXIV.

Quod vi aut clam.

I. Sententia Interdicti. II. Quibus detur. III. Contra quos. IV. Ampliatio. V. Exitus judicii.

QVi in alieni juris solo, vi aut clam fecit opus, is hoc interdicto cogitur restituere, hoc est, removere opus factum, cum fructibus & eo quod interest, *l. 11. §. 4. & l. 15. §. 7. h. t.* Vi facit, cui denunciatum est, ne faceret; clam, qui, cum deberet, non denunciavit, *l. 1. pr. §. 2. 5. l. 3. §. 7. & sq.* Ad *superficiem*, ut sunt fructus arborum, non pertinet hoc interdictum, *l. 7. §. 5.*

SCHOLIUM.

Mallem dicere: ad fructus arborum & aliam rem mobilem, non pertinet hoc interdictum, *l. 7. §. 5 l. 20. §. 4. l. 9. §. 1. l. 10. h. Nam ad superficiem, quæ solo cohæret, & quæ descripta est in tit. præced. 18. omnino spectat hoc interdictum.* d. l. 7. §. 5. 9. 10. l. 8. l. 9. pr. §. 2. & 3. & l. 10. eod.

RESPONSIO.

Eo quod opus in solo factum hoc interdicto prohiberi, initio diximus, satis intellectum est, ædificia comprehendi. Potest tamen abesse superficiei mentio, hoc quidem loco, vel dic, superficialia ut, &.

N. ADDIT.

Superficialia fero, superficiem hic ferre nequeo. Et videtur autor antea sensisse, superficiei *vocem in jure sumi pro fructibus superficiei, unde in titulo præced. 18. phrasin* frui *superficie, exposuit de re corporali, cum tamen frui proprie de frugibus dicatur.*

2. Datur hoc ei, cujus interest, opus non esse factum, *l. 11. §. 10. 12. & ult. l. 13. pr. §. 3. &* 4. etsi non possideat, *l. 16. in pr. eod.* adeoque & heredi, *l. 13. §. 5.* In heredem, & post annum, quatenus pervenit, *l. 15. §. 3.* Locator ex facto conductoris non tenetur, sed actionem adversus eum cedere debet, *l. 5. §. 1.*

3. Datur, inquam, in eum, qui opus fecit, aut jussit, vel cujus familia fecit, *l. 5. §. 8. l. 7. §. 1. eod.* etiam in heredes, *d l. 4. §. 9.* at semper adversus possessorem operis, *l. 15. pr.* idque sive jus habuerit opus faciendi, sive non habuerit; sufficit enim, vi vel clam fecisse; contentus esse debuerat, suum jus tueri, *l. 1. §. 2. h. t.*

4. In-

4. Intentio, scilicet actoris, heic est, ut reus suis sumptibus, quod factum est, restituat, hoc est, in antiquum statum reponat, destructo opere, quod vi clamve fecerit; hoc ita, si reus possideat opus: si non possideat, curare debet, ut a possessore restituatur, cum fructibus & eo quod interest, *l. 11. §. 4. l. 15. §. 7. & ult. & l. 16. f. h. t.* quia, ut apud Ulpianum ex Nerva, *etsi publicorum locorum Procuratio illi data est, Concessio data non est:* Nam concedere, ut mutatio fiat in locis publicis, excedit modum administrationis Præsidi datæ. Ac ita judicatum memini in Suprema Frisiorum Curia, cum prætor cuidam incolæ, suæ Præturæ, concessisset aliquid mutationis facere in fossa publica, eamque rejicere, id est submovere paulisper, vicinorum aliquis se opponens, ex hoc Edicto tenuit, ut opus restitueretur, *in causa J. de Kingma, contra J. V. W. non ita pridem.*

TIT. XXV.
De Remissionibus.

HUjus Rub. sententiam habuimus in Tit. *de Operis Novi Nuntiatione.* Superius videlicet interdictum cessat, ubi nuntiatio, quo alius vi clamve faciat opus, remissione sublata est, *l. 7. §. 2. Quod vi aut clam.*

TIT. XXVI.
De Precario.

I. Quid Precarium, & discrimen a Commodato. II. Cui, contra quem detur. III. An actio civilis hinc detur. IV. Aliud singulare.

HOc interdictum datur ad repetendum id, quod datum est hac lege, ut reddatur quandocunque libet concedenti. Nam Precarium est, quod precibus utendum petenti conceditur, donec is, qui concessit, patitur, *l. 1. pr. & l. 2. h.*

SCHOLIUM.

Differentias Precarii & Commodati, vide apud Wissenbach. h. t. th. 12. *quas inter reliqua desumpta sunt a notabilibus utriusque pacti; ista sola vero essentialis est, quod in Commodato res ad certum tempus vel finem conceditur, in Precario vero, quamdiu concedens velit. Ergo si prius promissum sit, recte infero, commodatum subesse, sin posterius, erit precarium,* l. 1. pr. & l. 2. §. 2. h. t. l. 5. pr. & passim ff. Commodati. *Quid ergo est quod Celsus dicit: Si ita aliquid datum fuerit*, ut alter id in Calendas Julias precario possideat, l. 12. h. *nullam vim esse hujus conventionis? Videtur enim utique, hic commodatum fuisse contractum, ideo quod tempus in promisso determinatum fuit. Sed respondeo; Ita quidem dicendum foret, si modo dictum fuisset, rem alteri utendam dari, ut eam in Calendas Julias possideat. At dum additum fuit, ut* precario *possideat, apparet, partes non commodatum, sed precarium voluisse celebrare. Quoniam igitur contra essentiam precarii est, ut invito domino rem alienam possidere liceat, ideo etiam hoc pactum effectu destituitur, non aliter ac in pignore pactum de re non alienanda.*

Denique culpam, nota, latam hic præstari duntaxat, *l. 8. §. 3.*

2. Interdictum & heredi, & in heredem datur, *l. 8. §. ult. l. 12 §. 1.* quanquam jus precarii apud heredem non intelligitur esse, *d. l. 12. §. 1.* cum qua confer *l. 4. Locat.*

SCHOLIUM.

Neque hoc novum est. Nam sic & mandatum extinguitur morte mandantis aut mandatarii, & tamen actio mandati transmittitur ad heredes.

Quin & novo domino, re alienata, competit, etiam, ut videtur, adversus tertium, *l. 8. §. 2.*

SCHOLIUM.

Sed quis hoc loco ille tertius? An is, cui a primo rem precario possidente, iterum eadem precario concessa fuit, an alius.

RESPONSIO.

In hac quidem specie Tertius, est possessor novus prædii, cujus respectu Precarium fuit concessum. Adversus hunc datur Interdictum, non modo ipsi concedenti, sed etiam novo possessori domus, contra quam est precarium. Ita ut Interdictum detur tertio, & contra tertium, d. l. 8. §. 2. *Atque ita memini esse judicatum.*

N. ADDIT.

Responsio æque obscura, si non obscurior, quam locutio præcedens generalis. Vix enim ex responsione possis casum formare, ad quem verba Autoris possis exacte explicare. Cæterum videtur voluisse dare casum aptum ad d. l. 8. §. 2. *quod nempe detur interdictum ei, in quem res alienata, tanquam tertio, contra precario habentem, tanquam etiam contra tertium. Sed quis ita explicaret illud* etiam ut videtur, *cui scholium erat adjectum, si non accessisset interpretatio Autoris authentica?*

3. Actio civilis de precario nulla competit, quia non est contractus, *l. 14.* Actio quidem præscriptis verbis, datur in *l. 2. §. 2. inf.* at hæc non est e contractu innominato, sed ex bono & æquo, cujusmodi vagæ & extraordinariæ præscriptis verbis actiones dantur, ut ad *tit. de præscr. verb.* diximus. Si res non restituatur, fit condemnatio, quanti actoris interest, cum omni causa, ut ad *tit. de Præscr. verb.* diximus, & cum fructibus a tempore interdicti, *d. l. 8. §. 3. 4. & 5.*

4. Qui jus sibi Lege civitatis aut ex Lege Naturali competens, exerciturus, per juris ignorantiam, petit hoc precario a vicino suo; quæsitum est, an, si alter Precarium revocet, hic etiam jus, sibi altero quoque invito competens, amittat. Magis est, ut nullius momenti sit precarium, *arg. l. 12. in pr. h. t.* qua de re speciem facti dedimus *ad tit. de Servit. Urb. n. 7. pag. 807. part. præced.*

TIT. XXVII.

De arbor. cæd.

HOc interdicto defenditur is, qui arbores alienas in ædes suas propendentes succidit, *l. 1. pr.* Nisi enim dominus arboris id faciat monitus, vicino, cui arbor nocet, permittitur eam exscindere, lignaque tollere, * *d. l. 1. §. 1.* sed in agris ferenda est arbor aliena, modo non minus quindecim pedibus in altum distet a fundo vicini, *d. l. 1. §. 7.*

Datur hoc Interd. etiam fructuariis, *§. 4.* & pluribus Dominis, singulis in solidum, *§. 5.* Succidere autem hic est, arborem a stirpe exscindere, quod licet vicino, si dominus non adimat in tempore, quod superexcrevit, *§. 2. h.*

TIT. XXVIII.

De Gland. Leg.

PRohibentur hic impediri, qui fructus ex sua arbore in alienum fundum prolapsas, tertio die tollere satagunt. ** Per glandem quilibet fructus intelligitur, *l. un. §. 1. h.* Alienum quidem non licet ingredi invito domino, *l. 16. de Servit. rust.* at ob rem suam recuperandam licet, *h. l. & l. 15. ad Exhib.*

TIT. XXIX. & XXX.

De Hom. lib. exhib. & de Lib. exhib.

PRius interdictum datur omnibus, ad exhibitionem liberorum hominum, *l. 3. §. 9.* Posterius solis patribus datur, propter liberos in potestate eorum constitutos, quanquam ob gravem causam mater præferri potest, *l. 1. §. 3.* Uxorem quoque a marito prætextu patriæ potestatis hodie pater abducere non potest, *l. 1. §. 5. h. t.* Olim secus erat. Cujac. *parat. h.* Quin hodie maritus ad exhibendam ducendamque uxorem, adversus socerum agere potest, *l. 2. h. & l. ult. C. h. t.*

* Jure nostro, vicino potestas tribuitur ramos arboris propendentes succidendi. *a.* LR. *l. 2. art. 52.* Wb. *art. 126.* Carpz. *p. 3. C. 32. d. 25.* Schœpffer *Synops. Jur. tit. d. arbor. cædend. n. 3.* interim cum interdictum de arboribus coercendis sit pinguius & facultatem evellendi arborem concedat, id in Saxonia pro abrogato haberi nequit. Phil. *Us. Pr. I. l. 2. Eccl. 13. num. 2.*

** Hujus interdicti apud nos usus deficit, cum fructus ex arboribus in vicini fundum decidentes, ipsi statim acquirantur, adeoque repeti nequeant. Carpz. *d. def. 25. n. 4.* Coler. *dec. 25.* Eck. *Comp. ff. tit. de gland. leg. §. 3.* j. Hahn. *ad Wes. d. tit.* verb. *Jur. Sax.*

TIT.

Tit. XXXI.

Utrubi.

HOc interdictum nihil differt ab Uti possidetis, nisi subjecta materia, quæ hic est de mobilibus, illic de immobilibus rebus, *tit. Inst. de Interd. n. 15.*

Tit. XXXII.

De Migrando.

INquilinus, qui soluta mercede, a Domino prohibetur res suas exportare, quæ pignori pro mercede obligatæ sunt; mercede jam soluta vel oblata, habet hoc interdictum, *l. 1. pr. & §. 1.* estque perpetuum, daturque heredi & in heredem, *l. 1. §. ult.* Si gratuita sit habitatio, competit utile interdictum, *l. 1. §. 3.*

Tit. XXXIII.

De Salv. Interd.

INterdictum Salvianum nomen habens sine dubio a *Salvio* Juliano, datur domino fundi ad petendas res Coloni in fundum pignoris nomine illatas, *l. 1. h.* atque respondet actioni Servianæ, eo modo iisque limitationibus, quas habuimus ad *tit. Instit. de Interdict. num. 6.* ubi quid sibi velit hoc interdictum, vide latius ad *d. t. n. 13. & seqq.*

EPILOGUS.

HAbuimus Interdictorum, quæ jus civile novit, species, in quarum singulis videndum est, utrum sint de vera vel de quasi possessione, de adipiscenda, retinenda, vel recuperanda possessione, utrum prohibitoria, restitutoria vel exhibitoria: Utrum præsens tempus, vel præteritum spectent, simplicia sint an duplicia, & præterea, quibus & contra quos competant cujusque rei gratia, quidve in condemnationem veniat: quæ non tulit occasio, ut in singulis explicaremus, nec adeo res ubique illam accurationem exigere visa est.

Porro omnibus interdictis id est commune, quod sint actiones extraordinariæ, ut jam *ad tit. 1.* dici occupatum est, adeoque omnis causa possessionis celeriter, summatim omnibusque frustrationibus amputatis cognosci & absolvi debet, *l. 8. C. Unde vi. l. un. C. Si de moment. poss. l. 3. C. de Interd. l. 13. C. de R. V. & l. ult. C. Quor. bon.* Hinc distinctionem Judicii possessorii in Summarium & Ordinarium a Doctoribus traditam inque Foro receptam improbant plerique, Donell. *in d. l. 8.* Cujac. in *l. Si Colonus. 14. C. de Agric. & cens. l. 1. obs. 20.* Sarmient. *2. sel. interpr. 23.* Wissenb. *ad tit. de Interd. n. 11.* Tu videris, an, si recte divisionem & usum ejus percipias; cum usu juris Rom. non possit conciliari. Primo enim, qui in possessorio violatus erat, implorabat interdictum. Hoc Prætor causa raptim cognita interponebat. Si reus pareret, bene erat; si nollet, aut Prætor in causa liquida manu rem exequebatur, *l. 3. in pr. Ne vis fiat ei qui in poss.* aut si res dubia videretur, judicem dabat, *l. 21. Quod vi aut clam.* Poterat etiam actor, si mallet omisso interdicto, ex continenti actionem juris ordinarii instituere, *d. l. 3. §. 1.* Donec jure novo interdicendi formula abiit in desuetudinem & judicia possessoria ad instar aliarum actionum constituta sunt, *d. l. 3. C. de Interdict.* Ut mihi videtur, mores hujus seculi propius ad jus antiquum redierunt. Quid enim *summarissimum*, quod hodie vocant Judicium Possessorium, aliud est, quam Interdictum, quo Prætor partibus ad se vocatis & causa raptim cognita, procul a tribunali sine forma judicii, Interdictum emittebat: Eodem enim modo Judex hodie, a turbato in possessione imploratus, celeriter se confert in locum contentiosum, ibi partibus vocatis, re inspecta, testibusque auditis, interdicit; facta copia judicii, si pars altera se læsam putet, ordinarii: Ad quod se partes consequenter recipere possunt. Quod si turbatus, incontinenti ordinaria via possessoria procedere velit, est in

ejus arbitrio, ut jure civili unice comparatum videtur.

Hoc autem, quod respectu illius summarissimi judicii maximeque *extraordinarii*, vocatur a Doctoribus ordinarium & plenum, nihilominus est *summarium*, ut etiamnum vocatur, atque etiam *extraordinarium*, respectu judiciorum petitoriorum, idque ratione probationum & temporis, uti e textibus *supra* adductis evidentissimum est. Quod attinet ad causæ cognitionem, satis hodieque observatur, ut probatio facilior in pleno possessorio sufficiat, quam in petitorio requiritur. Sed temporis ratio non æque attenditur; iisdem enim dilationibus causæ possessoriæ, quibus petitoriæ, agi & disceptari solent. Quæ res ita forte non invaluit usu, quin, si actor peteret brevioribus terminis jus sibi dici, id ei denegari non posset, qua de re latius actum in *Jurispr. hodierna part. 2. lib. 2. c. 12.*

Cæterum, in quæstionibus Adipiscendæ Possessionis, forma Interdicti, quod viderim, non usurpatur: Sed est res ordinarii processus possessorii, quem proinde heredes ejus, qui novissime possedit, instituere solent; ut factum in causa superius dicta Amelandica. Nec tamen, si utrumque esset indubitatum, scilicet defunctum possedisse, & heredem esse qui agit, Interdicti formam, id est, summarissimum negari posse judicium, existimarem: Quia non tantum hoc datur in causis retinendæ, sed etiam recuperandæ possessionis vel maxime. Nam pleræque contentiones summarissimæ, suscipiuntur adversus eos, qui per vim vel clam possessionem occupaverunt, modo eis annum, quia Interdictum *Unde vi.* est annale; raroque fit, ut Actor, qui Interdictum in forma, quod Gallica voce Nostri promiscue *Maintenue* appellant, impetrat, tempore litis contestatæ possideat, quod in remediis retinendæ possessionis requiritur. Verum semper ita fere usu venit, ut Reus sit in possessione præsenti, quam vi vel clam occupaverit. Unde liquet, falli per significationem vocis illius Gallicanæ, eos, qui hoc genus judicia credunt esse propria retinendæ possessionis; conveniunt etiam recuperandæ, cujusmodi fere sunt omnia, quæ frequentissime apud nos exercentur, adeoque etiam posse applicari casibus adipiscendæ possessionis, non videtur esse dubitandum.

Nempe heres potest uti interdicto, inquam, adipiscendæ possessionis, non retinendæ, quia possessio ad heredes non transit, apud nos, & jure Civili, *l. 23. pr. de Acqu. poss.* quod & in Germania servatur, teste Gailio *l. 2. obs. 129. num. 7.* cui tamen nescio, an per omnia adtemiri possim. Ait enim, nec recuperandæ possessionis interdictum heredibus dari: quod est contra expressam juris civilis auctoritatem, *l. 1. §. 44. de Vi & vi arm.* & contrarium probavimus *ad tit. Inst. num. 9.* Ait, heredem non nisi petitorium habere contra possidentes; Cui bono igitur Interdictum Quorum bonorum, quod datur utique adversus possidentes? *tot. tit. D. & C. Quor. bonor.* Nec Curia nostra dubitat Possessorium heredibus dare, quod dedit in causa sæpe dicta Amelandica, nec alias semel; Adipiscendæ, inquam. Recuperandæ non venit usus, quod sciam. Quod si maxime concedatur, Recuperandæ Interdictum heredibus non dari, defuncto vi dejecto; non sequeretur tamen, Petitorio tantum esse locum; quia saltem adipiscendæ heredi non posset negari; quod est Quorum Bonorum, & quod datur etiam contra Possessores rerum singularum, exemplo hereditatis petitionis, *l. 2. & l. 3. C. Quorum bonorum.*

In bene constitutis Rebuspubl. non sunt admodum frequentes ejusmodi lites possessoriæ, inprimis de vi, super ipsis rebus soli, agris, atque domibus; plerumque circa servitutes rusticas, & urbanas, aliaque jura, ventilantur apud nos quidem, ubi prompta domi Justitia peremptoria, secus ac iis in locis, ubi Judicialis vigor, Imperii divisione, appellationibusque longinquis enervatur; Exemplo sit Frisia orientalis vicina, ubi in executione Interdicti super agri Vineriensis possessione, Prætor Vir generosus & multis magnisque periculis belli defunctus, occubuit, (inaudita res in hisce Provinciis,) *anno 1660.*

Denique, Ordinarium Possessorium apud quemlibet ordinarium judicem instituitur: Sed *Interdictum* in forma cum inhibitione solenni, non nisi apud Supremam Curiam impetratur, & est magni molиminis ac sumptus; cujus minuendi causa fieri potest, ut loco Judicis ipsius qui interdicat, apparitor Curiæ se conferat ad locum contentiosum, ibique partibus & testibus auditis, ad Curiam referat, quo secundum acta ejus interdicatur: Id nostrates vocant, mandatum ad *apparendum, op een Blycken, lib. 3. Stat. Fr. tit. 5. n. 6.* In rebus facilioris expeditionis, & minoris momenti, sæpe fit, ut libellus supplex, offeratur auditisque summatim partibus possessorium disponatur. Apud inferiora dicasteria solet etiam peti, ut

ut delegati judices veniant in locum contentiosum, ubi habita inspectione de possessorio, absque inhibitione solenni pronunciant, a quorum dicto potest appellari. Receptum enim est passim, ut in possessorio gravatus etiam appellare queat, ex sententia juris Canonici *superius* exposita, quanquam apud nos ab Interdicto in forma, per judicem delegatum Supremæ Curiæ editam, appellari nequeat, convenienter juri Rom. sed ejus loco fungitur remissio ad judicium possessionis ordinarium. Potest etiam implorari Judicis Officium, summi vel inferioris, ut is mandatum emittat, quo adversarius ab incepto turbandæ possessionis, sub pœna certa, desistat, non tamen ultra sex florenos ab inferiore judice constituendos, apud nos; Curiæ Supremæ nulla summa præscripta.

Inter res hujus generis quotidianas est, quod coloni & inquilini, sæpe non tantum adversus exteros sibi adserunt possessionem, sed etiam adversus ipsos dominos in hac specie; Dominus obnuntiat colono suo vel inquilino, cum mandato, ut recedat. Colonus ait, suum tempus noudum esse finitum, eaque de re lis agitatur summaria quidem, sed quæ aliquando finiri non potest, ante tempus migrationis & mutationis ordinarium, quod est S. Petri ad Cathedram, vel Calendis Maji. Colonus interim manet, ut cui ante sententiam non sit præjudicandum; dominus vult occupare fundum aut domum. Hinc certamen quasi-Possessorium. Consultus semper respondi, non esse hærendum, quin dominus in possessorio sit præferendus: quia colonus non possidet, sed est in possessione nomine domini, *§. possidere autem. 5. l. de Interdict.* Ægre obtentum est in Foro, ut coloni adversus exteros Interdicta impetrent, procul a ratione Juris Civilis, ut nos suo loco, & Sandius demonstrat *lib. 5. tit. 14. def. 2.* Non est hoc addendum insolentiæ conductorum, ut possessionis jure, quod non habent, utantur adversus eos, quorum instrumenta sunt possidendi. Plane si judici clare liqueat, dominum sine causa gravem esse colono, nec esse dubium, quin tempus conductionis adhuc duret, non est recusandum Judicis officium *malitiis resistendi*, ut si manifesta sit inquam, perfidia, non neget colono præsidium, juxta præscriptum *l. 9. de Jurejur.* ubi. *quid inter manifestam & dubium causam judicis officii sit.*

LIB. XLIV.

TIT. I.

De Exceptionibus, Præscriptionibus, & Præjudiciis.

I. Remissio, & tempus opponendi exceptiones. II. Interpretatio l. 10 *§.* 1. C. de Fidejussor. *& an hæc emendanda sit. III. De præscriptionibus, & præjudiciis. IV. Observata de usu tituli. V. Quid intersit quod ad effectum nullitatis, & exceptionis. VI. Non esse dandas Exceptiones Exceptionum.*

TRia membra hujus tituli exhibet rubrica. Primum de exceptionibus, de quarum etymologia, definitione, & divisione, alibi habuimus. De modo & tempore opponendi exceptiones, pauca addemus. Scil. Opponendæ ‡ sunt exceptiones dilatoriæ, ante litem cont. quæ vel judicium, vel personas judicium constituentes spectant, *l. pen. & l. ult. C. h.* tales sunt exceptio, in-

‡ Exceptiones dilatoriæ & litis ingressum impedientes absque discrimine in primo termino sunt opponendæ, (nec, ut factum, in leuteratione aut appellatione demum allegandæ,) eventuali litis contestatione sub pœna confessi & convicti annexa. Illæ autem exceptiones omnes ante L. C. non attendendæ, nisi sint in continenti liquidæ, neque istorum nomine probatio aut juramentum per interlocutoriam injungendum, attamen si liquidæ sunt, & alicujus ponderis, secundum eas, insuper habita eventuali litis contestatione, pronunciandum, adeoque a judice, quoties eas negligit, decidendi rationes sententiæ subjiciendæ sunt. Ita & de Exceptionibus fori declinatoriis tenendum; quæ tamen, si notoriæ aut in continenti liquidæ sunt, etiam in scriptis opponi, &, si spernantur, in leuteratione aut appellatione urgeri queunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 11. §. 1.* Cui in sententia super exceptionibus & eventuali litis contestatione lata alicujus rei præstatio injuncta, ante proximum terminum aut in com-

competentiæ. præventionis, judicis suspecti, loci non tuti, feriarum, termini nimis angusti, juxta *Auth. offeratur. C. de lit. cont.* item coutumaciæ, Quod quis in judicio stare nequeat, de quibus Vinn. ad *tit. I. de Except. §. 1.* Sed dilatoriæ, quæ spectant causam, quales sunt exceptio plus petitionis, pacti temporalis, litis pendentis, ordinis sive excussionis, & similes, eodem tempore opponendæ sunt, quo reliquæ peremptoriæ; hoc est quavis parte judicii, quamdiu in causa non est conclusum, *l. 2. C. de sent. non resc.* & *l. 4. C. de Except.* modo contestatio illarum fiat ab initio, *l. 8. & 9. C. h. l. 9. C. de Praescript. long. temp.* quæ in bonæ fidei judiciis olim non videtur fuisse necessaria, quoniam in his exceptiones ipso jure inerant, ex regula juris antiqui, *l. 3. de Rescind. vend. l. ult. de Hered. pet.* & *l. 84. §. 4. de Leg. 1.* At in strictis judiciis, quod non erat formulæ a Prætore insertum, ejus judex rationem habere non poterat, ut dix. *in prælect. ad tit. de Action. n. 25. pag. 410.* Et Prætor exceptionem formulæ addere non poterat, nisi contestatam. Jure novo sublatis formulis & judicibus datis, illud discrimen actionum b. fidei & strictarum puto sublatum esse. Nam *Leges 8. 9. h. t.* & aliæ, quæ de contestatione loquuntur, non distinguunt inter judicia b. f. & str. juris; sed tantum docent, Reum non cogi suas exceptiones statim prosequi, sufficere simplicem earum contestationem in principio, tum expectare eum posse, donec actor suum jus probaverit; nam si is deficiat, non est quod ipse de exceptione laboret, eaque res non habet usum, nisi contestatione ab initio facta. Quin *lex 9. C. de præscr. long. temp.* idem initio diserte de Emptione venditione, quæ est maxime bonæ fidei, tradit.

2. Ex his videamus, an lucem accipiat *lex 10. C. de Fidejuss.* cujus Lectio sollicitatur. Verba hæc sunt; *Fidejussor seu Mandator, si in usuras quoque condemnatus est, justam causam recusandi eas solvere non habet. Ut autem is, qui cum altero fidejussit, non solus conveniatur; sed dividatur actio inter eos, qui solvendo sunt, ante condemnationem ex ordine postulari solet.* Quis ille sit ordo, quæritur; Ex ratione juris antiqui is ordo fuit, ut actor in stricti juris judiciis exceptionem apud Prætorem postularet, ut formulæ, qua Judex pedaneus constituebatur, insereretur: nam si in formula non esset, judex ejus rationem habere non poterat, quia formula eum includebat, & certos, quos non excederet, terminos ponebat, ut ait Seneca *3. de benef. c. 7.* Sed in bonæ fidei judiciis, non erat necessaria talis prævia exceptionum impetratio, secundum ea, quæ modo diximus. Verum tempore Diocletiani & Maximiani, quo sublatæ sunt formulæ judicesque pedanei, *l. 2. C. de Judic. pedan.* quis ordo fuerit hac in parte, iidem exponunt Imperatores in *l. 9. C. h. t.* Reus qui non plane certus est, actoris intentionem esse falsam, si quas habet exceptiones, eas initio contestari debet, atque ubi viderit, actorem probasse intentionem suam, tunc exceptionem suam prius solummodo contestatam, adhibere atque urgere potest, quovis tempore, modo ante condemnationem, ut etiam ex *d. l. 3. praced.* & *d. l. 9. C. de præscr. l. t.* constat. Idque sine discrimine bonæ fidei & stricti juris actionum, quod etiam *d. Lex 10. §. 1.* indicat verbis initialibus, *Fidejussor seu Mandator*, ut hic textus cum cæteris optime conveniat, nec ullius egeat emendationis, ut nunc est. An Triboniani manus agnoscenda sit, deinde videbimus: Certe non placet deleri verba, *seu Mandator*, & pro *Condemnationem*, legi *Contestationem*, ut volunt Viri Cll. Nam si *contestationem* simpliciter legas, in hac quidem materia non *Litis* contestationem, ut emendatio vult, sed *contestationem*, cujus *d. l. 8.* & *9. h.* & *l. 9. C. de P. l. 1.* meminerunt, qua in antecessum mentio fit exceptionem, intelligi oporteret: ast ante illam postulari exceptionem, res est, quæ fieri non potest, nec habet intellectum. Tamen ne occasio relinquatur dubitandi, quo minus tam gravis mutatio in textum recipiatur, argumenta addunt haud levia, ut videtur, in quibus hoc primum est, quod verbo heic *postulari* Imperator utitur; postulare autem est, ut Ulpianus refert, desiderium suum, vel amici sui in Jure, quod est ante

eo absque nova citatione eidem satisfaciat, nisi in 5. & amplius thaleros condemnari malit. *d. Tit.* §. 2. De Exceptione spolii cautum, eam exemplo aliarum exceptionum peremtoriarum litis contestationi annecti, & instar illarum suo loco deduci debere, nisi reus actionem spolii instituere malit, in qua, si sententia super restitutione lata in rem judicatam transierit, prius in aliis causis pergere non tenetur spoliatus, quam alter isti rei judicatæ paruit. *d. Tit. §. 7.* Exceptiones generales non competentis actionis, rei non sic sed aliter gestæ, solutionis, compensationis, & similium ratio non habenda, nisi, quo nitantur fundamento, breviter simul, & perspicue ostensum sit. *d. Tit. §. 5.*

litis

litis conteſtationem, coram eo, qui Jurisdictioni præeſt, exponere, vel alterius deſiderio contradicere, *l. 1. §. 1. de Poſtul. & l. 4. §. 4. de Damno inf.* Ad hoc noſtra ſic ratio eſt; Verbum *poſtulandi* equidem hunc habere ſenſum apud veteres communiorem, non eſt quod negemus, ſed hanc unicam eſſe ſignificationem, nemo dixerit. Nam & Ulpianus in *d. l. 1. §. Removet. 6. de Poſtul.* ſcribit, apud Judices pedaneos etiam poſtulari, quod eſt ſane poſt litem conteſtatam: Atque omnino ſumitur poſtulatio pro quovis deſiderio, quod in jure vel in judicio proponitur, *l. ult. §. ult. de Appellat.* Quin latiorem ſignificationem jure poſteriori apud Cæſares invaluiſſe, quin eos deſiderium hoc ipſum, quo poſt conteſtationem exceptionis initio litis motæ factam, dein urgetur exceptio, hac voce deſignaſſe, patet ex ſuperius citata *l. 9. C. de Præſcr. long. temp.* cujus verba, cum præſenti quæſtioni maxime conducant, apponere viſum eſt. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. *Emptor bona fide contra præſentem decennii præſcriptionem, in cujus initio conteſtationem haberi ſufficit, poſteaquam ſuam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione juſtæ poſſeſſionis defenſus, abſolvi recte* POSTULAT. Habemus poſtulationem poſt conteſtationem ſcilicet; & quidem in fine judicii. Aliud argumentum emendationis; Ait Imperator, *poſtulari ex* ORDINE *ſolet*. Nec dubium, quin certiſſimus ab eo judiciorum ordo deſignetur, quo in judiciis ſtricti juris exceptio a Prætore impetratur, formulam vero ſimul cum judice ante litem conteſtatam dari conſueviſſe, notius eſt quam ut probatione indigeat. Sic illa, neque de nihilo; quatenus *Alexandri* tempore, quo Ulpianus & Paulus adhuc ſupererant, ordo vetus nondum penitus exoleverat. Quare ut in compendium, quod mihi videtur, conferam; Textum, qui cum aliis juris locis in Codice Juſtinianæo, tam eximie conſentit, emendandum, ut Viris clariſſimis viſum, non cenſeo; Quo minus autem Tribonianus Alexandri verba, ſequentis uſui temporis accommodavit, non intercedo, ſi quis conjiciendum arbitretur.

3. Hactenus de *L. 10. §. 1. C. de Fidejuſſ.* Secunda pars Rubr. eſt de Præſcriptionibus, quæ ſæpe pro exceptionibus ſumuntur; hic autem reſtringuntur ad eas, quæ a tempore deſumuntur, de quibus *tit. 3. infra.* Vid. *prælect. ad tit. inſt. de Except. a pr.* ubi fuſe de *præſcriptionibus.* Tertia pars inſcribitur, de *Præjudiciis*, quæ ſunt exceptiones, per quas excluditur actio, hac ratione, quod præpoſtere inſtituatur, futuræque actioni faciat præjudicium, *l. 12. 16. 18.* velut ſi quis familiæ erciſcundæ velit agere, antequam declaratus ſit heres, vel petere ſervitutem, antequam vindicaverit fundum, *l. 16. h.* Alia ſunt in *l. 18.*

De moribus aliquid addit Thomaſius; *De moribus noſtri dixi* ad Inſtit. h. t. poſit. 29. *& nulla fere provincia eſt, quæ non de tempore opponendi exceptiones peculiariter diſpoſuerit, ut adeo controverſia, quam autor ſupra tractavit, ad mere theoreticas ſit referenda.*

4. Hæc ratio facit, ut quæ prolixe de Exceptionibus a me prodita, rerumque judicatarum exemplis illuſtrata ſunt in *parte 2. Juriſpr. hod. lib. 2. c. 17. & 18.* heic prætereunda putem. Hoc tamen diſſimulari non poteſt, quod *ſupra* de conteſtandis exceptionibus dictum eſt, hactenus ſervari, ut ſufficiat generalis conteſtatio; qua reus, ſe libellum actoris haud aliter admittere declarat, *quam ſalvis exceptionibus & defenſionibus*, qua ſuppoſita, ſervantur eadem fere de tempore modoque opponendi exceptiones, quæ jure civili conſtituta & ſuperius expoſita ſunt. Porro, per oppoſitionem exceptionis peremptoriæ & dilatoriæ, quæ cauſam ſpectat, adeoque omnium per quas reus conſequitur, ne vel plane condemnetur, vel adhuc non, vel non ita ſaltem ut procedit, committitur litis conteſtatio; Niſi quod exceptio rei judicatæ, tranſactionis, & jurisjurandi, creduntur impedire litis ingreſſum, qua de re *ad tit. Quar. rerum act. non dat.* Inde receptum eſt, ut omnes exceptiones peremptoriæ dilatoriæque, ad cauſam ſpectantes, non vocentur *Exceptiones*, ſed Reſponſiones: ſolæque exceptiones ad judicium vel ad perſonas judicum ſpectantes, quæ impediunt litis conteſtationem, hoc nomine cognoſcantur, ut obſervatum eſt *ad tit. de judic. n. 22. pag. 712. part. præced.* Moniti ſint igitur Studioſi, quibus aliquando animus eſt in Foro verſari, illic ita inſtitui, ut qui ſe excipere dicit, concludat, ſe non teneri ad litem conteſtandum. Quare ſi quis medium reſpondendi ſufficiens ad abſolutionem, per modum exceptionis proponat, cum expenſis rejiciendus eſt. Non idem uſu venit, quando exceptiones per modum reſpondendi proponuntur: Judex enim nihilominus earum habet rationem, ſicuti etiam, quando rejicitur exceptio, ſolet addi, integrum eſſe reo, illis uti in reſpondendo, ut harum rerum ſæpe ſit anceps diſcretio. Nec pauca ſunt, quæ tam antequam

quam post litem contestatam moveri possunt, ac ideo quæ mota prius, impediunt litis contestationem, non mota faciunt ad absolutionem, ut est exceptio falsi Procuratoris, quam aliquando etiam post sententiam opponi posse, diximus alias ex *l. 24. C. de Procurat.* Regulariter equidem partium qualitates lite contestata convalescunt; non tamen si nullitates sunt: Exemplum; Mulier nupta, viro adsistente, agebat ut Tutrix liberorum suorum; Lite sine exceptione contestata, quærebatur, an vitium per litis contestationem emendatum esset; Judicatum, non esse, quia nullitas erat, *l. 2. C. Quand. Mul. Tut. Off.* in causa *Barbaræ Jacobi contra D. Epaum A. d. 4. Novemb. 1680.*

5. Nullitatis alioquin allegatio, quid differat ab exceptionis effectu, diximus *ad tit. de SC. Vellej. n. 7. part. praced. pag. 445.* cum aliqua tamen remissione ad hunc locum. Nullitatis, etsi non sit allegata, judicem nihilominus rationem habere oportere, diximus: Exceptionis non æque. Sed excipiunt Dd. quos refert Sandius *lib. 1. tit. 7. def. 3. tales exceptiones, quæ ipso jure removent. actiones.* Vellem quæ sint illæ, dixisset ipse, aut hi quos laudat. An erunt exceptiones, quas juris appellant communiter, de quibus Vinnius ad *tit. I. de Except. §. ult. n. 8.* & quo ille refert Exceptionem beneficii Ordinis, item SCti Vellejani, Macedoniani & similes, quæ ex ipsa conditione personæ, de jure competunt? Noli credere; Nam de priori exemplo probat ipse Sandius, Excussionis sive Ordinis exceptionem, a Judice non suppleri; *defin. praced.* Nosque idem probavimus de utroque Senatus-Consulto, ad *d. tit. de SC. Vell.* Denique, Sandius ipse nullas agnoscere videtur ejusmodi exceptiones, ne quidem præscriptionis, nisi quibus lex specialiter adjicit, actiones per eas haberi pro nullis & extinctis, cujusmodi exemplum subjicit in *fin. d. decis. 3.* Plane, cum ipso jure, & per exceptionem operari, sint termini in jure oppositi, non admodum quid exempli esse queat, animadverto; nisi huc referas exceptionem pacti incontinenti contractui stricti juris adjecti, de quo diximus *ad tit. de Pactis n. 5. in fin. part. praced. pag. 120.*

6. Ex eo, quod Exceptio dicitur Actionis exclusio, apud *Inst. h. t. in fin.* collegimus, non dari exceptiones exceptionum, etsi quodam sensu Replicatio sic appellatur, *l. 22 §. 2. h. t.* Sed in Foris nostris receptus est mos, ut ego quidem existimo, pravus neque juridicus, ut quando Exceptionem vident alio modo, quam debet, oppositam, tum non respondeant ad exceptionem, sed excipiant, se non teneri ad respondendum Exceptioni: qua exceptione rejecta, tum demum respondent ad Exceptionem primam. Institutum ut nullo modo necessarium, ita litibus intricandis & sumptibus augendis repertum: nec unquam aliter, quam exceptiones Exceptionum, quæ proponebantur, esse easdem cum mediis respondendi, animadvertere mihi datum est. Adeo ut, quoties accidit ejusmodi exceptionem exceptionis reiici, actoremque ad exceptionem respondere juberi, eædem rationes semper in responsione repetitæ fuerint. Bene igitur consuluerint, qui regnum forense tenent, si exceptionis exceptionem generali lege præcidant prohibeantque; sicut eadem ratione in processu executivo Curia nostra pridem statuit, nullas omnino admittendas exceptiones, etsi contra formam juris Executio dirigatur, sed oppositione directa utendum, quemadmodum pluribus etiam exemplis rerum judicatarum, de utroque genere demonstravimus, in *part. 2. Jurispr. hodiern. lib. 2. cap. 18. n. 9. & seqq. ad fin.*

Tit. II.

De Except. Rei jud.

I. Quibus hæc exceptio detur. II. Quando res sit eadem. III. Quando personæ eædem. IV. Quando causa. V. Reum damnatum, non posse repetere ut indebitum quod solvit. VI. Exemplum limitationis. VII. VIII. Limitationes aliæ quædam.

Res judicata parit actionem & exceptionem, atque hæc frequentior est illa; nec enim actio locum habet, nisi incerta sit sententia ob incertitudinem rei, de qua litigatum fuit, ut dix. *ad tit. de re judic. n. 21.* Exceptio rei judicatæ datur ei, qui conventus ait, se non obligatum, sed ab judice absolutum esse, & habet locum, quoties eadem res, inter easdem personas, ex eadem causa in judicium deducitur, *l. 3. & 4. l. 12. 13. & 14. h.*

2. Res dicitur eadem, quando & pars ejusdem repetitur, *l. 7.* multo magis, qui partem petens repul-

repulsus est, si totum petat, excluditur; vel qui parte una petita, dein alteram petit, *l. 33. §. 1. de Usufr.* ubi & ex nova causa pars altera petitur, sed quæ a priori pendeat: Utique si pars recens accesserit, secus esse oportet, *l. 14. §. 1. h.*

3. Personæ eædem sunt, non modo defunctus & heres, dominus & procurator, sed etiam auctor & emptor, debitor & sponsor, *l. 11. §. 7. 8. 9. & ult. l. 28. h.* non coheredes, *l. 22. h.* sed in fideicommisso graduali, primus & sequentes personæ, licet non heredes, pro iisdem habentur. Covarr. *pract. qu. c. 13. n. 5. in pr.* Carpzov. *P. 1. Const. 26. def. 19.* quod etiam in nostra Curia servatur, & memini judicatum inter partes prænobiles.

4. Quod ad causam interest inter actionem in rem, & in personam, *l. 14. §. 1. h.* qui enim personaliter una actione petit, is repulsus, ex alia causa adhuc agere potest: Sed qui in rem simpliciter egit, etsi probationes ad causam donandi direxit, postea tamen ex causa venditionis aut simili agere nequit; quod tamen secus est, si donationis causam in libello expresserit, *arg. d. §. 2.* Adde quæ habuimus ad *tit. de Edend. n. 8.* Imo (oppon.) nec in personalibus de eadem re ex diversis causis agere licet, *l. 5. h. Resp.* Sic est, si actiones modum potius diversum quam diversam negotii originem contineant, ut exemplis patet in *d. l. 5.* Cæterum, qui in rem agit, nec obtinuit, eandem rem sine metu exceptionis condicere potest, *l. ult. h.* Quandoque in rebus & personis diversis obtinet hæc exceptio, si prior causa posteriorem actu extinguat. Ex. gr. Obtinuisti querela inofficiosi adversus heredem, prodest tibi sententia & contra legatarios, quia sublato testamento, legata intercidunt. Evicisti rem tuam a possessore, prodest sententia & adversus creditorem, cui possessor eam obligaverat. Vid. *l. 53. de Re Judic.*

5. Sunt, qui docent, reum condemnatum, postquam solvit, denuo audiendum esse, quando condictione indebiti solutum repetit, sine metu hujus exceptionis, eo quod alia sit conditio personarum, qui modo reus, nunc actor, *l. 14. in pr. h.* Ita Carpz. *Processf. tit. 6. art. 3. n. 67. & seqq.* Struv. *ad h. t. n. 21.* Probant ex *l. 10. §. 3. de Edend. & l. 31. de Jurejur.* Sed tu noli credere rem, enervandis judiciis repertam: neque textus id docent, & ratio, optimumque publicum vetant, nec apud nos toleratur, si res, personæ, causæque sint eædem.

SCHOLIUM.

Sed opinio tamen Carpzovii reconventioni Saxonicæ & processui executivo consentit, per ea, quæ Carpzovius d. l.

6. Hoc equidem verum est; si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priore judicio non fuerit examinatum, posse fieri, ut non obstet judicati exceptio, *arg. l. 8. §. 2. de Negot. gest. l. 6. h. t.* etsi res, personæ, causæ sint eædem. Exemplo rem illustrabo. Titia pro marito intercesserat jurata, sed in obligationis instrumento tribus testibus non confirmato. Quam formam intercessionis uxoriæ non valere, diximus *ad tit. de Sc. Vellej.* Erat tamen condemnata judicioque Revisionis sententia approbata fuerat, ideoque solvere coacta. Non jure, ut quidem videbatur. Insurrexit denuo, & auctoritate Carpzovii aliorumque movere instituit condictionem indebiti. Victor opponebat exceptionem rei judicatæ. Titia non tantum allegabat, esse diversam actionem, diversas qualitates personarum, Actricem quæ modo rea fuerat, & contra; sed inprimis urgebat, in priori lite de valore intercessionis, in forma non esse disceptatum; sed tantum de valore debiti principalis. Hac ratione factum est, ut exceptio rei judicatæ rejiceretur. Ideoque Titia, cum vitium intercessionis liquidum videretur, de eventu non dubitabat: sed deinceps in lite principali tamen succubuit, quia non poterat esse indebitum, quod ex sententia solutum erat, *l. 36. Famil. ercisc.* & quia plenius compertum erat in priore quidem instantia nihil aut parum de vitio intercessionis esse quæsitum, sed in judicio Revisionis hoc meritum causæ ex professo ventilatum fuisse; Ita in causa *Eelk Gerbens Haersma*, contra *Agatham viduam Croddebosch. d. 29. Maji* super exceptione & *d. 27. Octobr.* super lite principali, 1679.

7. Quod si alioqui sana ratione dici queat, res aut personas non esse easdem, judices non debent, neque solent esse difficiles, in rejicienda exceptione rei judicatæ, quo pertinent ea, quæ diximus ad *tit. de Act. rei judicatæ.* Addemus unum & alterum exemplum. Emptor conventus de pretio, recusaverat solutionem, eo quod res sibi non esset tradita; sed condemnatus erat. Dein agebat in id quod interest ejus, quod res sibi tradita non fuisset. Alter opponebat exceptionem rei judicatæ, sed rejecta est, quia non eadem est quæstio, de pretio solvendo ex causa venditionis contractæ, & de solvendo eo quod interest ob rem

non traditam. Si pretium, ut indebite solutum, repetiisset, haud dubie repulsus esset. Ita refert Nauta judicatum 7. *Sept. 1637.* Aliud. Emptore convento, alius mandator emendi pro illo interveniebat, & dicebat, se mandatu venditoris ipsi mandasse, ut augeretur pretium: historiam habuimus *ad tit. D. Mandati num. 3.* sed interventione sive defensione rejecta mandator se liti adjunxerat. Emptor condemnatus Mandatorem suum convenit ad indemnitatem; Hic rursus venditorem, a quo ipso mandatum habere se, adfirmat. Venditor excipiebat rem judicatam hoc modo: Tu voluisti, ut mandator emptoris, & simul ut mandatarius meus, intervenire pro emptore; non es admissus. Junxisti te liti, in qua idem meritum causæ fuit disceptatum & rejectum. Nunc igitur eandem recoquis crambem. Sed exceptio rejecta est; quia mandator ille emptoris & mandatarius venditoris, adversus hunc in lite non constiterat, ideoque diversæ erant personæ, *in causa N. Wardæ contra Curatores liberorum Dris a Loo, Procuratoris Fisci Frisiæ.*

8. Opposuit aliquis hanc exceptionem, ut litis ingressum impediret; Rejecta est; Quæritur, an deinde tanquam medium litis decisorium, adhuc opponi possit. Existimo, posse; quia tantum est decisum, quod litis ingressum impedire non deberet, non quod omnino ejus ratio habenda non sit; ac ita sæpe judicatum est in Curia nostra: etsi non sit adjectum in sententia, per quam rejecta fuit exceptio, *argumentum ejus causæ principali reservandum.* Illud denique per se patet, non posse huic exceptioni locum esse, quando sententia a judice non competente lata est, vel quando ab ea cis tempus legitimum est appellatum, *l. 4. §. 6. h. t.*

Tit. III.

De diversf. temp. Præscr. & de Accessionibus Possessionum.

I. Præscriptiones variæ Juris Civilis. II. Quid moribus. III. De præscriptione biennali debitorum minutorum, singularia quædam.

VOcem Præscriptionis hoc loco nihil aliud, quam exceptionem ratione temporis significare, jam diximus. Sunt autem tempora, quibus actiones finiuntur, admodum varia, quemadmodum id alias satis explicatum est. Exempli causa sint, præscriptio tridui, de qua in *l. un. de gland. leg.* decem dierum in appellatione interponenda, *Nov. 23. c. 1.* viginti dierum in *auth. Offeratur. C. de litis cont.* duorum & sex mensium, in ædil. Edict. *l. 10. §. ult. de Ædil. Ed.* Anni in pœnalibus Prætoriis, Biennii in dolo, Triennii in usucapione mobilium, Quadriennii in restitutionibus in integrum, Quinquennii in Querela inofficiosi, Decennii in hypothecaria, & usucapione immobilium inter præsentes, viginti annorum inter absentes, Triginta in omnibus reliquis. Denique & annorum XL. in certo casu hypothecariæ, nec non in condictione, qua repetitur quod alea deperditum est, *l. ult. C. de Aleat.* Centum, contra ecclesiam. Rom. *Nov. 9.* quanquam *Nov. 131. c. 6.* ecclesiis generaliter det XL. annos.

2. Moribus populorum hæc varietas præscriptionum fere obsolevit: vixque alia in usu est, quam tertiæ partis seculi, hoc est centum annorum, ut testatur Grotius *Introd. lib. 2. part. 7. §. Wat het* Goris *Advers. Miscell. c. 9.* A. Matthæus *Parem. 9.* a quibus tamen ex parte dissentit Grœnewegius *ad tit. de Præscr. 30. vel 40. annor.* qui mobilibus præscribi annis 30, immobilibus trientem seculi præscriptum censet. Gentes autem, quæ jure scripto utuntur, quas inter excellit Frisica, non recedunt hac parte a jure civili.

3. Proinde heic omnes agnoscimus præscriptiones Romanas, nisi quod unam adjecimus præscriptionem ex Edicto Caroli V, Romanis ignotam, ut arbitror, quæ est biennalis, qua salariis & mercibus minutim venditis judicialiter intra biennium non exactis præscribitur, aut decennio, si debitum scriptura sit comprehensum, adversus primum debitorem, biennio adversus heredem, eodem casu. Non repetam quæ Sandius super hac præscriptione, Gallis etiam usitata, teste Imberto *l. Inst. For. c. 34.* commentatur in *lib. 5. tit. 6. def. 6.* Addam pauca singularia; Qui cerevisiam cauponibus vendunt per dolia integra vel dimidiata, non esse referendos inter venditores mercium minutim venditarum, refert judicatum Sandius. Idem de frumento, hordeo, tritico, majoribus saccis vendito, statuendum videbatur. Nam & mole, pretioque, dimidiatis cerevisiæ doliis non cedunt. At de avena talibus saccis vendita, aliter visum est Senatui Curiæ nostræ, in causa *Tarquinii Henrici Banga*, contra *Mariam ab Unia d. 3. Mart. 1682.* forte quod avena

avena longe minoris pretii sit, quam nobiliores frumenti species.

Victus pretia, *kostpenningen*, essentne præscriptioni biennali subjecta, disputatum fuit, ac ita decisum est; Si quis ad dies vel ad septimanas, modico tempore de alimentis sit pactus, habere locum præscriptionem, non si ad annum, vel ad majorem anni partem convenerit, etsi modus pactionis secundum septimanas sit constitutus. *d. 22. Octobr.* 1680.

Lex habet clausulam, *Nisi debitor fateatur, debitum esse justum, & non solutum*, de cujus mente Sandius *d. Decis. in fin.* Sed quæsitum est, cum Creditor paratus esset docere, causam debiti esse justam, nihilque solutionis esse factum, negante tamen debitore, an creditor admittendus esset ad probationem? Judicatum est, non esse admittendum. Et alias, postquam creditor satis probasset justitiam debiti, & solutionem non factam, debitor tamen alterutrum negans, est absolutus. Utrumque judicatum est *ante ferias æstivas 1680.* in causa *Justi Blenkenfield Mercatoris Hagiensis*, contra *B. T.* & rursus in causa *Johannis Jonelyni Sartoris Arausionum Principis, contra N. B.* Ratio est, quia Lex non ait, *nisi constet, debitum esse justum, neque solutum*; sed, *nisi debitor id fateatur.* Illo igitur negante, locum habet Statutum, cujus exactam interpretationis observantiam esse debere, nemo negat. Lex ait; post lapsum prædicti temporis talia debita intelligentur acceptilatione perempta, *behoorlijk gequeeten*, ita ut de illis actio nulla detur; hoc uno casu excepto, *si debitor fateatur.* Natura negotii, & scopus Legis, id etiam postulat. Quippe nihil magis præscriptionis rigorem enervaret, quam si partes ad probandum disceptandumque de valore debiti, post temporis lapsum admitterentur.

Si quis roget, an hujusmodi præscriptionis usus cum ratione conscientiæ satis conveniat, respondeo; si debitor fallat, nemo dubitat, quin nefarius sit, etsi esuriem hac una ratione possit evitare, quemadmodum alter ex duobus illis reis modo demonstratis, vir nobilis, indicabat, eo se, fatendo redactum iri. Judicem existimo non peccare, si legi obsequatur, etsi reum fallere non dubitet: quia pronuntiat debitum vi legis abolitum; ita quemadmodum in præscriptione longissimi temporis, etiam malæ fidei possessores absolvuntur.

Sed de eo postea consulti sumus: Si reo post interlocutionem non faciente copiam sui, interrogationes adversarii per debitoris contumaciam pro confessis habeantur, an tum reus non sit damnandus, etsi verum non sit, eum esse confessum? Nec est dubium, quin confessio per legem ficta, in hoc etiam legis articulo, vim effectumque confessionis habere debeat.

Parti secundæ Rubricæ, satisfactum *supra ad tit. I. de Usucapion. sub fin.* Sunt enim accessiones possessionum nihil aliud, quam tempora, quibus successores continuant possessiones ab antecessoribus inchoatas. Reliqua supplenda e *tit. Inst. de Perpet. & tempor. act.*

Tit. IV.

De dol. mal. & met. except.

Exceptiones doli & metus, ex actionibus ejusdem nominis satis intelliguntur; hoc tamen interest: Exceptio doli, est perpetua & generalis, cum actio sit biennalis & extraordinaria, *l. 4. §. 3. & l. 5. §. ult.* ubi & ratio differentiæ, communis tamen omnibus. Nam quia actor in potestate habet, quando velit uti jure suo, non est inconveniens, quibusdam actionibus breviori spatio præscribere; quod aliter se habet in reo, qui non potest opponere exceptionem, nisi prius actio moveatur, quod eum expectare oportet; ideoque nulla exceptio est temporaria. Porro, de dolo procuratoris, ante lit. cont. exceptio non datur, nisi in rem suam sit, aut omnium bonorum, *l. 4. §. 18.* ubi præsens dolus est, qui post lit. cont. committitur.

Differentia exceptionis Quod metus causa, & Doli, habetur in *d. l. 4. §. 33.* Nam is, qui de dolo excipit, personam exprimere debet, quæ dolum admisit: quod secus in metu. Dolus mere personalem habet rationem; quocirca nec dolus venditoris nocet emptori; licet donatoris dolus noceat donatario: idemque discrimen in cæteris causis onerosis atque lucrativis obtinet, *l. 4. §. 31. h. t.* Rursus tamen ejus, qui dolo deceptus est, respectu, est in rem exceptio, ut non quæratur, adversus quem commissus sit dolus, sed an ea in re dolo malo quid factum sit a parte actoris: ideoque

eoque rei cohæret hæc exceptio, & fidejussori quoque prodest, *l. 7. §. 1. de Except.* In hoc convenit cum actione de dolo, quod adversus parentem vel patronum non datur, utpote sugillans eorum famam, sed adversus has personas in factum excipere oportet, *d. l. 4. §. 16.* Est & ubi replicatio doli datur, veluti adversus exceptionem SCti Macedoniani, *l. 4. §. 14.* Sed contra doli exceptionem non datur replicatio doli, quia in pari causa reus est favorabilior, *d. l. 4. §. 13.* Proinde si Creditor tuus te deceperit, tu illum rursus, ipsi dolus suus obest, quem ei recte objicis; Ille tuum tibi opponere non potest.

Tit. V.

Quarum rer. act. non datur.

PRoprie actio non datur, quæ est ipso jure nulla: sed hic non dari dicitur, quæ exceptione peremptoria eliditur, ex ratione *l. 112. de R. J.* Vulgo per excellentiam quatuor exceptiones ad hanc classem referuntur, quas vocant litis finitæ; ut Rei jud., Transactionis, jurisjurandi, & præscriptionis. Sed dari plures, docet hic titulus, ut in *l. 2. §. 1. & 2.* Qualis, exceptio jurisjurandi, item Vellejani & Macedoniani SCti, ex quibus dantur exceptiones, & tamen actiones inde negari dicuntur, *l. 1. de SC. Maced. l. 2. §. 1. de Sc. Vellej.* Sed jurisjur. exceptio huc proprie pertinet, quatenus, cum juratum est, non quæritur amplius an debeatur, sed an juratum sit, ut dix. *ad §. 11. Instit. de Action.* adde Pac. *b. num. 1. & seqq.* Denique, si quæ sint exceptiones, quæ sic insunt a parte actoris, ut non actionem quidem, sed plus quam exceptionem pariant, atque jus actoris per se ac immediate mutent, cujusmodi esse quæ ex pactis, incontinenti stricti juris contractibus adjectis, oriuntur, aliquoties diximus ex *l. 40. de Reb. Cred.* tales huc enixe referendæ sunt.

Tit. VI.

De Litigiosis.

I. De Exceptione Litigiosi. II. Pœna alienantis rem litigiosam. III. Quando personales actiones fiant Litigiosæ. IV. Usus tituli.

HUnc titulum e positionibus, ut a Thomasio scholiis suffultæ sunt, exhibebimus. Exceptio litigiosi datur Possessori, qui de re, quam tenet, litigat, adversus eum, qui rem interim a petitore, (non a tertio,) comparavit, *l. 1. §. 1. h.*

SCHOLIUM.

Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur judicialiter, inter petitorem & possessorem, auth. litigiosa. C. h. t. *fitque litigiosa tam respectu actoris, ipsa scilicet actio, quam respectu rei, nimirum res quæ vendicatur. Effectus vero litigiosi potissimum, (reliquos vide ap. Franzk.* lib. 1. resol. 11. & *Sand.* de proh. rer. alien. Part. 1. c. 9.) *duo sunt, scilicet exceptio litigiosi, & litigiosi pœna. Exceptio litigiosi datur, si actor actionem litigiosam alienaverit, & is, cui alienatio facta, novam actionem adversus possessorem instituat,* l. 1. §. 1. h. *Dico, si actor alienaverit. Nam de reo, si is rem alienaverit, causa non videtur esse habilis, in qua exceptio litigiosi adversus eum, qui a reo comparavit, usum habeat. Pœna litigiosi est, quod reus, alienans rem litigiosam, & is, in quem alienatio facta, mulctentur secundum ductum* l. ult. C. h. t. *Sed quid si actor actionem alienaverit, an & tunc pœna* d. l. ult. *habet locum? ita puto, per* d. l. ult. pr. *verb.* vel actiones. *quamvis dissentire videatur Sande* d. l. n. 41. *Ex his simul patet, quomodo differat hic titulus, a titulo* ff. de alienat. jud. mut. causa facta, *tum & a tit.* Cod. ne liceat potentioribus &c. *Ibi enim, ut alias differentias taceam, utrobique coercetur alienatio rei non litigiosæ, actionis quidem in* d. t. Cod. *rei vero in* d. t. ff.

Porro Venditio quidem ipso jure valet, *l. 81. de R. V.* sed exceptione vim suam amittit. Sand. *de Prohib. rer. alien. P. 1. c. 9. n. 11. & seq.*

SCHOLIUM.

Jure Novo per l. 2. C. h. t. *verb.* tanquam si nihil actum & l. final. §. 1. C. eod. *verb.* irrita rei alienatione. *ipso jure nullam esse ejusmodi venditionem, statuit Franzkius* d. resolut. 11. n. 61. seqq. *cujus tamen textibus facile responderi posset, si quæstio hæc haberet usum.* vid. l. 112. de R. J.

2. Præterea, qui vendit ejusmodi rem potentiori, duplum † adversario solvere cogitur, *l. ult. h.* Lex *ult. C. h.* fisco duplum addicit, sed non loquitur de potentioribus, †† duplo autem continetur res & pretium, *dd. ll.*

SCHO-

SCHOLIUM.

† *Sensus* d. h ult. Cod. h. t. *hic videtur. Aut emptor scit rem litigiosam esse, aut non. Priori casu, venditor pretium quod accepit, & alterum tantum, fisco præstat, emptor vero rem tenetur reddere, & alteram tantam quantitatem fisco inferre. Posteriori casu emptor nihil præstat, sed venditor emptori pretium conventum reddit, & insuper tertiam pretii partem, fisco vero solidam rei æstimationem infert.* conf. Sande d. l. num. 14. & 15.

†† *Videtur autor per hæc verba*, d. l. ult. C. *cum* d. l. ult. ff. *conciliare velle, quasi nimirum, si res alienetur in potentiorem, duplum sit præstandum adversario, sin in alium, qui non est potentior, duplum addicendum esset fisco. Quæ si autoris mens est, licebit nobis ab eadem recedere, cum regula interpretationis bonæ istam conciliationem non admittant, placetque adeo, pœnam litigiosi aliam fuisse jure veteri*, d. l. ult. ff., *aliam jure Novo Codicis*, d. l. ult. C.

RESPONSIO.

Non erat determinata conciliatio, sed notatio simplex ejus quod in textu habetur; unde Lector, quod vellet, existimaret.

N. ADDIT.

Ergo jam agnoscit Autor antinomiam. Interim ego etiam patior, ut Lector observando quod in ejus positione habetur, quid velit, existimet, utrum Autor afferendo distinctionem in potentiorem & non potentiorem, voluerit hanc antinomiam conciliare, nec ne.

Emptor ignorans, pretium a venditore potest repetere, ac insuper trientem; sciens, pretium perdit, & tum singuli mulctantur simplo, *d. l. ult.* Excipiuntur ab hac pœna, alienatio per testamentum, ex causa dotis, donationis propter nuptias transactionis, & divisionis hereditariæ, *d. l. ult. in fin.*

3. Actiones personales † litigiosæ, non possunt etiam alienari, & fiunt tales post litem contestatam, non prius, ut omnes observant ex *l. 2. C. h. t.* quæ tamen †† diserte ait, actiones esse prohibitas alienari, de quibus ab actore lis mota est, sicut & alias tempus litis contestatæ, refertur ad tempus motæ controversiæ, in *l. 25. §. 7. de hered. petit.* scilicet, quibus casibus non tam novatio quam mala fides consideratur, in qua Reus constituitur sola actoris intentione proposita.

SCHOLIUM.

† *Actiones personales equidem litigiosæ fiunt respectu actoris, non vero res, quæ per actionem personalem a reo petuntur, pro litigiosis habentur*, vide late Franzk. d. l. n. 23. seqq. item n. 25. & 39.

†† *Obscuriora hæc sunt. Sensus hic subesse videtur.* Thesis. *Actiones personales demum fiunt litigiosæ post litem contestatam*, d. l. 2. C. hic. Objectio; *Fiunt etiam ante litem contestatam, quia tempus litis contestatæ in legibus nominatum, non excludit tempus anterius*, l. 25. §. 6. de Hered. pet. Responsio; *Valet hæc assertio, si sermo sit de reo, ejusque mala fide*, d. l. 25. §. 6. *At hic sermo est de actore.*

RESPONSIO.

Non omne, quod volui, complexum est in scholio. Indicare volui, multum referre, dicas per litis contestationem, an per motam controversiam, actio personalis litigiosa fiat.

Exemplo momentum rei patebit. *Henricus Vormholt* cesserat *D. Johanni V. D. W.* obligationem in *Adrianum V. D. C.* ad summam octingentorum florenorum, reliquam e bis mille florenis. Ex qua obligatione *Johannes Adrianum* conveniebat, qui excipiebat, eam obligationem esse litigiosam, seque illam condixisse coram Curia. Re explorata, compertum fuit, *Adrianum* dictasse apud Commissarium Curiæ, prævia citatione, libellum condictionis, propterea quod Creditor non implesset conditionem contractus, ex qua nascebatur obligatio. Ad hunc libellum non erat responsum a Creditore, nec *Adrianus* rem ulterius urserat. Ideoque non erat commissa litis contestatio, quæ non minus responsione rei, quam Actoris intentione constat. Plus anno jam erat elapsum, & quæstionis fuit in Curia, essetne obligatio pro litigiosa habenda vel non; multis ita ex communi sententia existimantibus, & sic observatum esse dicentibus, nonnisi per litis contestationem actiones personales fieri litigiosas; Plane, ut aliter quam paribus suffragiis, actionem fuisse litigiosam, concludi, ut debebat, non potuerit, & Reus sit absolutus, *ante ferias Caniculares 1681.*

Cæterum, hoc inter actiones personales & reales interest; Venditio actionum litigiosarum, ipso jure nulla est, *d. l. 2.* cum res aliæ per exceptionem fint inutiles alienatu, ut *superius* dictum est.

4. Moribus hodiernis hunc *tit.* non servari, monet Grœneweg. *ad h. t. C.* Apud nos secus est, & secundum hanc Rubr. judicatur, excepta dupli pœna.

SCHOLIUM.

Moribus hodiernis, res litigiosa vendi, permutari,

tari, obligari, vel alio quo modo transferri in alium potest, salvo jure tertii, ita ut sententia in alienantem postea lata, adversus rei litigiosæ possessorem executioni mandari possit, verba sunt Wissenbachii h. t. th. 26. *adductis locis JCtorum quorundam Gallorum & Belgarum. Sed quemadmodum hæc assertio loquitur saltem de re litigiosa, non de actione, insuperque de moribus tantum Galliæ & Belgii, (quanquam nec hujus universi,* vid. autor. hic.) *testatur, ac præterea id, quod de executione in tertium possessorem, absque novo processu facta adducitur, nihil novi est, sed principiis Juris Civilis bene convenit, per tradita Franzk.* d. resolut. 11. n. 96. seqq. *Ita non vereor asserere, dispositionem juris civilis in hac materia adhuc observari, si ejusmodi alienatio contingat.* Conf. Carpzov. P. 1. c. 32. def. 22.

TIT. VII.

De Obligationibus & Actionibus.

I. Remissio. II. Divisio nova obligationis. III. Qui possint obligari, remissive. IV. Ad definitionem Actionis. V. An actio ab invito etiam instituatur.

ENumeratio specierum loco generis clauditur. Post tot actionum formas, natura actionis ejusque matris, obligationis, tractatur: utrumque caput plena manu duabus rubricis, exposuimus *ad Instit. tit. de Oblig. & altero de Action.* quo lector & auditor æquis se remitti patientur.

2. Hic adde, sis, divisionem, qua dicitur esse simplex, vel multiplex obligatio: Simplex, in qua una res est; multiplex, quæ continet plures. Denique pura dicitur, vel causam habens. Causæ sunt quatuor, species, conditio, dies, modus, accessio: & hæc rursus est personæ vel rei; de quibus vid. *l. 44. §. 4. h.*

3. Quinam obligari possint, regula tralatitia judicatur; possunt, qui non prohibentur; Rationes prohibendi, fere habuimus ad *tit. Inst. de Inutil. stipul.* & de pupillorum obligatione *ad tit. I. de quasi-contract.* & de minorum *ad tit. supr. de reb. eor. qui.* alibique sparsim.

4. Definitionem actionis etiam in rem actionibus convenire, dictum est ad *pr. tit. de Action.* producta significatione vocis *debetur*, quæ alioqui personalibus tantum & obligationi convenit, non iis, quibus petimus id, quod nostrum est, *l. 27. §. 2. & l. 34. in pr. de Aur. & arg. leg.* Alii subtilius hunc nodum solvunt, eo quod actio in rem per litis contestationem quasi ad contractum & ad obligationem redigitur, *l. 3. §. 11. de Pecul.* quo sensu accipiunt Justinianum in *§. 5. I. de Excep. Si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat.* Tu vero contentus sis eo, quod diximus, ut ego quidem censeo.

5. Actionem suam nemo invitus cogitur instituere. Sed Dd. huc trahunt *l. diffamari. 5. C. de ingen. manum.* ex qua volunt, eum qui aliquid jactavit in alterius præjudicium, sive ad rem vel ad personam ejus pertineat, cogi posse, ut actionem suam instituat, vel perpetuum sileat. Etsi autem ea non sit *d. l. diffamari.* sententia, tamen nihil in foro frequentius est, quam usus hujus remedii. Quanquam justæ causæ esse queant, ob quas a necessitate agendi actor excusetur, (†) ut scio de tutore judicatum, qui dixerat, pupillo suo nescio quid juris competere, neque tamen instrumentum probandi habebat in promptu.

SCHOLIUM.

(†) *Qualis etiam est, si debitum sit sub conditione, vel in diem.* Carpz. Processf. tit. 20. art. 4. n. 9. seq. & Jurispr. For. P. 1. c. 7. d. 30.

Alium casum, quo cogitur aliquis instituere actionem, habuimus *ad tit. Inst. de Fidejuss. n. 32.*

SCHOLIUM.

Scilicet remedium ex lege si contendat. ff. de Fidejussorib. *Positio citata, in novissima editione positionum omissa, hæc est:* Attamen pragmatici dant fidejussori actionem adversus creditorem, qua dicat, reum principalem, vel confidejussores, nunc esse idoneos; petere se, ut creditor eos conveniat; alioqui protestetur de periculo futuro, si desierint esse solvendo; quod remedium ex causa, non videtur abs re alienum. Dicitur ex *l. si contendat. 28. de Fidejuss.* quanquam ibi non magis fundatum est, quam actio *ex l. diffamari in l. 5. C. de Ingen. manum.* adeo in foro decantata. Langer. *de except. P. 3. c. ult. num. 208.* Carpz. *3. resp. 64. n. 8. 9. & 10.* Paulo secus de eo THOMASIUS. *Hoc remedium in reliquis omnibus cum actione ex lege diffamari convenit, præterquam quod in hoc non necesse sit diffamationem factam probare, cum illud in actione ex l. diffamari. requiratur.* Carpzov. d. tit. 20. art. 4. n. 24. *ubi addit: Doctores saluberrima hac actione succur-*

currendum judice asse reo, diffamationis probatione destituto, ne a deductione exceptionis suae penitus excludatur. Caeterum, an haec observantia & sententia Dd., non introducta sit in fraudem Legislatorum, hic non disquiram. Prohibent sane Imperator in Ord. Cam. Imp. P. 2. tit. 25. in med. *& Elector Saxoniae* in ord. Proc. tit. 1. in fine, *non admittendam esse actionem ex* l. diffamari. *si diffamatio non fuerit statim demonstrata. Jam cogita: Offert quispiam judici libellum, cujus rubrica:* Actio ex l. diffamari. &c. *Judex eundem reddit ob non demonstratam diffamationem. Actor mox rediens, eundem libellum munde descriptum, cum rubrica* Actio ex lege si contendat. &c. *judici iterum exhibet. Judex non poterit ob dictam Dd. Sententiam, libellum istum amplius rejicere. An igitur legislatores in dispositione memorata, saltem de titulo actionis, & non potius de actione ipsa fuerunt solliciti? &c.*

N. ADDIT.

Jam illud addendum. Sententiam illam, quam defendit Carpzovius, plane erroneam esse, unde non mirandum, quod plerique pragmaticorum ejus errorem hodie agnoverint, postquam Lauterbachius peculiari dissertatione de L. si contendat. *eum refutaverit, & in quo differat actio ex hac lege, ab actione ex lege diffamari, perspicue ostenderit.*

Apud nos hoc remedium *L. si contendat.* ignoratur, nec ut opinor, admitteretur.

PARS VII. PANDECTARUM.

LIB. XLV.

TIT. I.

De Verborum Obligationibus.

I. Remissio. II. De stipulatione sub poena. III. Sine causa. IV. De usu stipulationis, si voluero.

NOn est alia continuationis, quam a Cujacio tradita ratio; quod stipulatio per se sola non subsistat, verum aliis contractibus adhaereat semper, iisque confirmandis reperta sit, *l. 5. h. t.* Et hac de causa in ultimum locum rejecta esse videtur. Nos in hoc tractatu de Verbor. obligat. ita versamur, ut breviter examinando repetamus ea, quae ad Institutiones variis rubricis dicta sunt; nec occurrit, quid insuper ex hujus instituti ratione requiratur.

2. Nisi quod in facti obligationibus, id quod interest evitari potest, si mora purgetur ante litem contestatam, implendo factum, *d. l. 84. de V. O.* Hoc autem de poena non videtur, sed ejus jus quaeritur statim ac est commissa, id est, ubi casus extitit, quo poena vi conventionis peti potuit, *l. 115. §. ult. h.* Wissenb. *ad d. t. ff. th. 13.* Porro quod sub poena promissum est a defuncto, de eo cuncti heredes, etiam qui pro suis partibus solverunt, tenentur ad poenam, quia particularis solutio non est solutio, & is, qui cessavit, coheredibus suis tenetur, *l. 1. §. f. de V. O.*

3. Non valere stipulationem sine causa, diximus *ad Inst. tit. de Inutil. stipul. n. 12.* Hoc vero ita capere noli, quasi nunquam valeat promissio, nisi causa, hoc est negotium aliquod separatum, praecesserit; nam qui nullam habens causam, sciens volens promisit, ille donationis causa promisisse intelligitur, ex *l. 21. de V. O. l. 47. de Op. lib. l. 53. de R. J.* Nec si contrahentes aliam pro alia causam sumant, ut si pecuniam ex empto debitam, quasi ex mutuo in stipulatum deducant, hoc impedit obligationem, quia substantia debiti constat, *l. 6. C. Si cert. pet.* dix. *ad tit. I. de Inutil. stipul. n. 28.* Adde omnino, quae hac de re habuimus ad *tit. de Condict. sine causa.* ubi in fine exemplum chirographi sine causa, re judicata confirmatum. Deinceps aliud hujusmodi propositum fuit exemplum. Verba chirographi: *Fateor me habere a Lucio Titio mille Florenos, pro quibus ei promitto denos ducatones annuos.* Durum videbatur, ex hujusmodi chirographo & promissione, non dari actionem praetextu causae deficientis; Respondi, non videri causam deesse. Promittuntur deni Ducatones annui; Causa promissionis, quod haberet a Creditore mille florenos

nos. Quando ego habeo tuos nummos, tui nummi fiunt mei, & sic oportet esse Mutuum, quod nec obscure arguit usura.

4. Stipulatio, si voluero & cum voluero, quid different, habuimus ad *d. tit. I. de Inutil. stipul. pag. 306.n.11.in fin. Part. I.* Quem effectum hæ adjectiones habeant, ibidem declaratum est. Plane, si contractui valido Pactum, quod rem a debitoris arbitrio suspendat, adjiciatur, adversus heredem ejus actio datur, ut ex Sandio illic observatum. Addam exemplum rei judicatæ, ut doctrina melius intelligatur. Titius emptor pactus erat, ut si pretium solvere non posset, hoc ei sub usuris pro lubitu retinere liceret, *tot sijn Believen.* Defuncto emptore, heres ejus conventus & condemnatus est, in causa *Frits Meinerts*, contra heredes *Sebaldt Vajes, d. 15. Jul. 1637.*

Tit. II.

De duob. reis.

I. Remissio. II. Quot modis duo Rei constituantur. III. De beneficio divisionis, exemplum rei judicatæ.

HUnc quoque titulum habes in *Parte I.* sed abrogatum esse magna ex parte, ut ait Grœnewegius, tu credere noli, utique apud Frisios nequaquam.

SCHOLIUM.

Nec apud nos. Vid. Carpz. P. 2. const. 17. def. 9. 13. 14. 15. Conf. Autor in Prælect. ad Inst. h. t. n. 4.

Ad usum rei melius intelligendum, dicemus, liquidissime duos Reos constitui, quando id expressum est, singulos in solidum fore obligatos, ut fere in omnibus hodie fit hujus generis obligationibus. Tamen hodieque idem intelligitur ex modo promissionis; quando plures eandem rem, eidem Creditori, diversis orationibus promittunt, ut in *Inst. h. t.* exponitur. Pone, scriptum esse in instrumento; Titio deberi a Cajo & a Sempronio mille florenos; deinde subjici, Cajum promittere, se Titio soluturum illos mille florenos, item Sempronium, se eosdem mille florenos soluturum: Non est dubium, quin singuli in solidum teneantur, *d. t. I.* Item; si quod promissum est, individuum sit, ut factum, singuli non possunt non in solidum teneri: Promisistis Romam ire, Tabulam pingere pro me; unus vestrum cogi potest, ut Romam eat, tabulamve totam pingat: secus tamen est, si factum sit ejusmodi, quod unus sine altero implere non potest; ut si duo fabri, lignarius & cæmentarius, promiserint ædificare domum, alter sine altero non potest teneri, ambo simul, non seorsim, cogendi sunt. Dix. *jurispr. hodiern. part. 1. lib. 3. c. 25.*

Cæterum, quod diximus ad *h. tit. Instit.* correos non gaudere beneficio divisionis, id ex sententia Doctorum, & mala interpretatione *Nov. 99. c. 1.* secus in Foro receptum esse constat, novissimeque apud Curiam nostram ita judicatum est, inter *Maeike Gerrijts* contra *Douwe Sjoukes, ante ferias N. C. 1680.* Beneficium tamen illud cessat iisdem casibus, quibus in fidejussoribus cessare dicitur, adeoque etiam, si quis cum muliere fidejusserit, *l. 48. de Fidejuss.* Secus tamen in Curia nostra judicatum refert Nauta; si modo recte ita observatum. Facti species hæc erat: *Gilbertus Verspeek*, cum matre sua se obligaverat Titio, *pariter, & singuli separatim, tezamen, en elk bysonder:* qua formula sæpe videre contigit homines utentes, cum id agebant, ut duo rei constituerentur; etsi hæc verba contrarium præ se ferant: & creditor in illa causa narrabat, debitorem, qui jurisconsultus erat, sibi persuasisse, tantundem illam formulam valere, quasi dictum esset, *tezamen en elk voor't geheel.* Curia Verspeekium pro parte duntaxat condemnavit, matre, quæ sine viri consensu contraxerat, obligationi licet subducta. Non tam, opinor, quod correus, femina correa, non in solidum teneatur, quam quod *singuli separatim* obligati, non sint correi, sed ut vox indicat, *separati debitores.* In causa *N. Vander Heiden* contra *Gilbertum Verspeek. d. 27. Octobr. 1643.* Cætera ex dictis ad *Institutiones* repetantur.

Tit. III.

De Stip. Serv.

ETiam de hoc capite sat dictum in *Inst.* & obsoletum esse cum servis, palam est. Quærere tamen lubet; cum servus plurium dominorum communis stipulando omnibus & singulis acquirat

ret, cur idem stipulando illi *aut* illi e dominis, neutri acquirat, sed τὸ ἰσάζον, ut est in *l. 13. h.* corrumpat obligationem totam, *l. 9. §. 1. & l. 13. h. t.* Ratio est, quia cum servus non sit capax juris, quo constat obligatio, sed merum sit instrumentum facti, non potest per eum acquiri obligatio, nisi recta via personam inveniat, cui jus obligationis ἀμέσως applicetur: Talis autem persona non reperitur in stipulatione alternante, cum servus ait; Illi *aut* illi e dominis meis: constare debet, *quis?* incontinenti atque immediate, *dd. ll. cum l. 11. & 12. junctis* quæ dicta sunt ad *h. tit. Inst.*

LIB. XLVI.

Tit. I.

De Fidejussionibus.

I. Remissio, & observationes de accessoria fidejussionis natura. II. Non obligari fidejussorem ad mortem, carcerem, exilium. III. IV. V. Non valere tacitam beneficiorum renunciationem, exemplis declaratur. VI. Casus novus, quo cesset beneficium ordinis. VII. De beneficiis divisionis monita quædam. VIII. An beneficium Cessionis, post solutionem adhuc usum habeat. IX. Casus rei judicatæ singularis. X. Alius.

Hunc titulum, & sequentes hujus libri præcipuos, *ad Instit.* ita edidimus, ut ad paratitlarem explicationem, quæ nobis est proposita, nihil admodum desiderari videatur. Plane, fidejussionem esse accessoriam obligationem, res loquitur, & indicat *l. 1. h. t.* non obstante *l. 95. §. 3. de Solut.* ubi fidejussio dicitur principalis obligatio, propter restitutionem in integrum, quæ de fidejussione petita fuit.

Aliter respondent alii. vid. Wissenbach. h. t. th. 1.

Oportet igitur, ut fidejussio valeat, constare de principali obligatione. Nam si quis simpliciter se debitorem profiteatur, ex causa quæ ad alium pertinet, non est fidejussio, sed potius novatio, vel etiam agnitio proprii debiti, in quod alius sese uti obligandi instrumentum habeat. Ita visum est de chirographo, in quo Titius fatebatur, *se debere centum florenos, quos frater ejus & ipse consumpserant.* Conventus ex eo, petebat beneficium: Sed negatum est, nec habitus ille pro fidejussore, in causa *Anne Jans Beerwinkel, contra Hectorem Murray, ante ferias Canicul. 1680.* secundum ea, quæ dicta sunt. Ferme eadem ratione, eodemque eventu judicatum est in hac specie, Tres sorores in eodem instrumento se profitebantur obligatas, singulæ in solidum, cum renunciatione beneficii discussionis, & Sĉti Vellejani: Sed una subscripserat. Hæc in solidum condemnata est, etsi non renunciaverat beneficio divisionis, quia sola debitum agnoverat, ut pro specie novationis habenda esset obligatio; cui subserviebat Vellejani & excussionis renunciatio, sine mentione divisionis beneficii. Ita in causa *Jan Kienjes Tadema,* contra *Hesselum Johannis, ante ferias N. C. 1681.*

2. Fidejussio non potest intervenire in causis criminalibus, quarum pœna pertinet ad corpus; hactenus enim nemo se obligare potest, per *l. 13. ad L. Aquil.* ut dix. *in prælect. ad Inst. n. 1.*

Adde Wissenb. th. 3. *Dn. Pufendorf.* Lib. 5. cap. 10. §. 12.

Rationes, quæ ad corporis pœnam vetant aliquem obligari, de carcere idem suadere videntur; præter quod omnis obligatio est de dando vel faciendo, quod utrumque ad patrimonium spectat, unde carceris conditio est alienissima: rationes contrarias removet Bachovius *ad Treutl. h. t. th. 4. lit. f.* a qua sententia quod se dissentire, alibi probasse, refert Thomas. *ad pos. 3. h. t.* nos heic non morabitur.

N. ADDIT.

Nos vero morabitur, ut de novo quid addamus, & judicium Lectori committamus. Addemus autem I. scholium alterum, ab autore plane heic non memoratum, quod carceris conditio non pertineat ad res in patrimonio, ubi adjeceram, quod nullum videatur subesse absurdum, si dicam, libertatem, quæ in obligatione ad carceres quasi sub conditione alienatur, sit in commercio. Deinde addam ex notis ad Struvium XIV. 16. p. 160. seq. *probationem adsertionis contrariæ. Quæstio de obligatione ad carceres facile solvi potest. Nam ejusmodi pactum juri naturali non esse contrarium concedit Dn. Schilter* de jure obsid. addit. ad c. 11. n. 26.

n. 26. *(etiam ad carceres privatos, si a statu civili abstrahamus.) Juris Saxonici observantiæ idem convenire*, docet P. II. const. 21. ibique Carpz. def. 1. *Tantum quæstio est, an id conveniat principiis Juris Romani? Affirmat cum aliis Dn. Carpz.* d. loc. *Negat Dn. Schilter* d. c. 11. *ubi rationibus Carpzovii satisfacere laborat, quibus tamen non obstantibus, placet mihi sententia affirmativa, tum* arg. textuum in l. 9. de serv. export. l. 56. ff. de contrah. emt. l. 1. & 2. C. si mancip. ita fuer. alien. ne prost. l. 1. C. si serv. export. veniat. l. 3. §. generaliter. & §. si quis volentem. ff. de lib. hom. exh. *tum vel maxime, (si quis per ea, quæ his textibus reponit Dn. Schilter* d. l. *moveatur,) ob istam rationem, quia Jus civile hoc pactum nusquam prohibuit. Nec obst. (quæ unica est ratio Domini Schilteri,) quod Carpz. fateatur, obligationem ad carceres esse speciem oppignorationis, jam vero oppignorationem liberi hominis esse probibitam*, l. 6. C. quæ res pign. oblig. poss. vel non. *Resp. enim, vel textum probibere oppignorationem liberorum hominum aliorum, non sponte consentientium, ob istam causam, quia eos non habemus in bonis, quo spectant, præter verba initialia, & verba ultima* d. l. 6. nisi in his, quæ quis de bonis suis. *conf. Brunnem.* ibid. *vel loqui de oppignoratione in specie sic dicta, quæ fit cum traditione possessionis, (quo faciunt verba:* pignoris titulo accepit,) *quæ idem probibita est, quod sapiat carcerem privatum. Pactum obstagii, ex rationis identitate etiam non repugnare juri naturali, fatetur Dn. Schilter.* d. addit. ad cap. 11. n. 26. *Quamvis autem putet idem, illud Juri civili contrarium esse, tamen nec hoc procedit, per ea, quæ jam de obligatione ad carceres dicta sunt. Licitum etiam fuit olim pactum obstagii, Jure Imperii Romano-Germanici*, per recess. Imperii de anno 1548. tit. von wucherlichen Contracten. §. so auch eine Schuld-Verschreibung. *Imo & jure Saxonico per ea, quæ ex Besoldo refert Bese* disput. inaugur. de obstagio, sub Auctore nostro Jenæ 1672. habita, c. 2. §. 2. *Adde Carpz.* P. II. c. 22. d. 30. n. 2. 3. 4. 5. *Cæterum Jure Saxon. Electorali*, d. P. II. const. 12. §. Wir wollen auch das Einreiten. &c. verbis: gäntzlich verbothen haben. *& Jure Imperii noviori*, recess. Imper. de anno 1577. tit. von wucherlichen Contracten. §. wiewol auch in des H. Reichs. *ob nimium eorum abusum, pacta obstagiorum in totum sunt prohibita, ut adeo non assentiri possim Carpzovio* d. l. def. 31. *statuenti, non obstantibus dictis prohibitionibus, Imperiali atque Electorali, valere adhuc pactum, quo debitor, si in solutione cesset, se in certo loco staturum, & antequam Creditori satisfactum sit, ab illo non recessurum promittit, cum hujusmodi pactum, vi definitionis, sit revera pactum obstagii, & vero ex verbis Imperialis & Electoralis constitutionum satis aperte constet, propter abusum, etiam usum pactorum obstagii fuisse sublatum, ut ita necesse sit, præjudicium Dnn. Scabinor. Lipsiens. a Dn. Carpz. ibi subjectum, ad consuetudinem, per quam dictæ constitutioni Electorali derogatum sit, respicere: Quamvis enim Dn. Schilterus* d. l. addit. ad c. 11. n. 16. in fin. *putet, opinionem Mevii & Redeckeri, statuentium, jus obstagii ab Imperii ordinibus in ipsorum provinciis, salva constitutione Imperii, denuo certis conditionibus introduci posse, cum grano salis accipiendum esse, ne fraus fiat legi Imperii, adeoque non tam de formali obstagio intelligendam, quam de obligatione ad arrestum: docet tamen Bese* d. disput. c. 3. th. 3. & 4. *formale obstagium hodie adhuc in Holsatia, Electoratu Brandenburgico, & Ducatu Megapolitano, item in inferiori Saxonia, obtinere.*

In easdem rationes impingere videtur obligatio ad exilium, quæ non minus ab juris civilis ratione aliena videtur, ut probat Goedd. *tr. de contrah. stipul. c. 6. n. 416.* etsi novissime dissentiat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 4.*

SCHOLIUM.

Cujus opinio iterum mihi præ Autoris placet, tum quia hic minor est obligatio, quam ad carceres, tum quod Jus civile hoc nusquam probibuit. Alia vero est quæstio, An expediat Reipublicæ, ejusmodi fidejussores in exilium mittere; quam hic non definio. Conf. interim Dn. Pufend. lib. 8. c. 3. §. 2. circa fin.

RESPONSIO.

Pœnæ sunt inventæ, ut Reipubl. satisfiat ad emendationem, ad exemplum, ad vindictam; cujusmodi nihil est in exilio, aliis quam delinquentibus irrogato. Sufficit, ejusmodi nihil in legibus, quæ de solutionibus agunt pecuniariis, reperiri.

N. ADDIT.

Prior pars responsionis pertinet ad quæstionem, an expediat reip. tales fidejussores in exilium mittere, in qua non repugnavi sententiæ Autoris. At quæstio est, an in potestate fidejussoris sit, se ad exilium obligare. Affirmo, quia nusquam legibus est probibitum. Omne vero, quod non est probibitum, licet

licet. Quare sua mole cadit responsio Autoris, sufficere, quod id non sit in legibus concessum.

Obligatio ad obstagium, sive ad custodiam, ni debitum certo tempore solvatur, olim apud Germanos frequens, prohibita est Lege publica, * Recess. Imper. de ann. 1577. *tit. 27.* Gail. *2. observat. 45.*

3. De beneficiis fidejussorum, & quibus casibus cessent, dictum est similiter *apud Inst.* ubi & de Renunciatione, quam expressam esse oportet, specialem esse non oportet. Expressa, inquam, ne quisquam juri æquissimo, & naturæ negotii convenientissimo, nisi id bene valideque constet, renunciasse videatur. Plane, si nihil aliud dixerit aut scripserit Fidejussor, quam quod in ipsa fidejussione fuit comprehensum, antequam beneficia fuissent introducta, quorum primum *divisionis*, auctorem habere constat *Hadrianum:* nulla est causa statuendi, per ejusmodi verba renunciatum esse beneficiis. Ergo, si fidejussor dixerit aut scripserit, se velle teneri *ut principalem*, cum hæc sit natura fidejussionis notissima, cui demum per beneficium Ordinis sive Excussionis, in *Nov. 4.* derogatum est, non potest illa formula renunciationem hujus juris inferre. Nam hisce demum verbis, & huic fidejussionis obligationi, beneficium illud applicatum est a Justiniano: Proinde nunc etiam a sponsoribus eodem sibi modo applicari potest. Ea de re diximus *apud Inst.*

4. Eademque ratio versatur in hoc casu: Fidejussores obligarunt se in solidum singuli, & singuli pro omnibus. Hos amisisse beneficia Ordinis & Divisionis, tanquam ex jure Civili, auctor est Grotius *Introd. lib. 3. t. 3. n. 54.* ubi, *een voor al, ofte elck sonderling;* quod Grœnewegius *ibi* pluribus confirmat Edictis municipalibus. Ego tamen magis adsentior A. Matthæo, *tract. de obligat. disp. 31. th. 9.* neganti, talibus dictis inesse renunciationem beneficii divisionis. Nam de Ordinis sive Excussionis quod scribit Grotius, hoc etiam illis verbis amitti, adeo non habet speciem, ut conciso genere styli id ei excidisse putem. Textus in diversum clari sunt in *l. 51. h. t. l. 3. C. h.* ubi; *Nam licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur, tamen hac res nihil mutat constitutionem juris.* Item, inter eos fidejussores actio dividenda est, qui *solidum & partes viriles promiserunt, d. l. 51. pr.* ubi notes oportet, verba exacte respondentia Grotianis, quando plures fide sua esse jusserunt, *solidum aut partes viriles; een vor al, of elk een deel;* hoc casu ne quidem opus esse beneficio divisionis; tunc enim ab initio non nisi pro parte singulos esse obligatos, constare scribit Papinianus *d. pr. l. 51.*

5. Tenendum igitur, expressa opus esse renunciatione beneficiorum, quibus cum æque gaudeant constitutores, *l. f. C. de Const. pec.* his eandem regulam esse applicandam, vult ratio juris, de qua tamen aliquando secus judicatum recordor, in hujusmodi specie; *Promitto me soluturum, cum primum monitus fuero, duo millia florenorum, quæ Titius debet*, hac lege, ut mihi cedatur actio contra Titium. *ante ferias Canicul. 1681.* Aderat tamen & alia ratio, quasi Constitutor in illa specie novationem fecisset, qua de re *ad tit. seq.*

6. Porro inter casus, quibus cessat ordinis beneficium, veteres & hunc retulere, si quis pro magno Principe, vel admodum potente, qui non possit cogi ad solvendum, fidejusserit, ut testatur Schneidewinus ad *§. si plures. Inst. de Fidejuss. n. 6.* cujus rei hæc ratio reddi potest, quod inter partes id actum videatur, ut ne discussio expectetur ejus debitoris, qui discuti non possit, quam rationem secuta est Curia nostra, cum Ordines Frisiæ per suum Quæstorem pecunias accepissent fœnebres, & Quæstor pro Ordinibus debitorem se constituisset: ei deinceps beneficium discussionis imploranti, denegatum est, In causa *Mariæ a Schwartzenburg cum sociis, contra Goslicium Hiddema Frisiæ Quæstorem. d. 24. Martii 1640.*

7. De beneficio divisionis, ejusque renunciatione, ** præter ea, quæ habuimus ad *Inst. n. 7.* & modo locuti sumus, hæc notabimus: Utrum plures

* Et lege Saxonica *Constit. 22. P. II.* quam illa publica Imperii lex est insecuta. Holsati tamen hujus Juris tenacissimi sunt, ut ex constitutione Christiani IV. Daniæ Regis, & Adolphi Holsatiæ Ducis 1606. & alia ejusdem Regis, & Friderici Holsatiæ Ducis 1630. editis, ipsisque Imperii nostri Constitutionibus, Instrumento Pacis Osnabrugens. *art. VIII. §. Indaganda* & *Recess. Imp. de A. 1654. §. 130.* videre est. Videsis Doctiss. Porgieseri *Commentationem de Obstagio, Tractatui de Indole & Natura Pignoris adjecto, cap. maxime V.*

* Hoc beneficium cessare, si fidejussores se obligaverint in solidum: Sammt und sonders einer für alle, und alle für einen, tradunt Coler. *P. 2. dec. 220. n. 42.* Richt. *Vol. 2. Conf. 153. n. 9. sq.* j. Schilter. *ad ff.*

 fide-

fidejussores diversis temporibus, an pariter dati sint, nihil mutat jus divisionis, *l. 43.* & *l. 48. §. 1. h. t.* Nec refert, utrum plures fidejussores pro fidejussore primo, an pro ipso reo dati sint, *l. 27. §. 1.* Sed inter fidejussorem, ejusque fidejussorem, non fit divisio; vires enim sequentis fidejussoris primo sunt aggregandæ, *d. l. 27. §. 2.*

SCHOLIUM.

Si scilicet hunc solum conveniam, vel illum solum: Habebit tamen fidejussor fidejussoris exceptionem ordinis, si prior fidejussor nondum fuerit excussus.

8. De beneficio Cessionis, nihil est quod addamus ea de re dictis ad *Inst. n. 8.* nisi quod ratio, cur Doctores aliqui velint, cessionem post solutionem ab uno fidejussore in solidum factam, utiliter institui; atque adhuc sufficere ad actionem adversus confidejussorem dandam, secus ac adversus correum, paulo clarius explicanda videtur: Ajunt, quod est verum, Correos habere non nisi unicam obligationem, quæ per solutionem ab uno Correorum factam penitus tollitur, ideoque tum nullo modo in alium transferri potest. Sed in fidejussione sunt plures obligationes, una principalis debitoris, & fidejussorum totidem quot sunt personæ. Quando jam unus fidejussorum solvit, debitor quidem ipso jure liberatur, *d. t. Inst. in fin. Quib. mod. toll. obl.* sed quia fidejussores propriis stipulationibus tenentur creditori, & fidejussor, qui solvit, hoc non egit; ut solveret pro confidejussoribus, sed pro debitore principali, Confidejussores non directe, sed per consequentiam atque per exceptionem removentur, ut ipso jure adhuc vivat eorum obligatio. Hæc ratio accedens ad æquitatem subveniendi fidejussoris imprudentiæ, si prætextum sustinendi cessionem post solutionem factam præbere potest, ratio tamen non patitur, ut Creditorem, cui solutum est quicquid ei debetur, adhuc quod cedat habere dicamus. Sed hac quæstione plane non est opus, post ea, quæ diximus ad *tit. de Mandato, n. 9. p. 958.*

9. Fidejussorem simpliciter datum, in perpetuum obligari, diximus ad *Inst. h. t. n. 10.* sed addam facti speciem, non spernendæ dubitationis. Octo Cives *Harlingani*, spoponderant pro mercatore quodam facultatibus lapso, in mille sexcentos florenos. Instrumentum quasi ad omnes populos scriptum erat, in quo declarabant, se potestatem facere *Wibio*, sic erat nomen, emendi vina pro dicta summa, quam, si ipse deficeret, se soluturos pollicebantur, singulos scilicet ducentos florenos; hoc erat adjectum, ne beneficio divisionis opus esset. Wibius a quodam Mercatore Amstelodamensi vina comparat pro florenis 1640, eique tradit instrumentum sponsionis. Solvit etiam, & rursus emit variis temporibus, pro 1030. florenis; solutiones faciebant 1900. florenos; Restabant quadringenti, quos Creditor a Sponsoribus Harlinganis petebat. Hi respondebant; Nos spopondimus pro mille sexcentis florenis, quos jam pridem principalis debitor collocavit eosdemque solvit, ac ita nos liberati sumus. Creditor contra; Quamdiu ille vestrum habebat instrumentum, ejus facultate poterat uti, modo non obligaret vos ultra summam præscriptam; quia fidejussio simpliciter & sine limitatione temporis erat concepta; proinde si post emtionem mecum peractam, cum eodem instrumento se contulisset ad alium mercatorem, huic vos æque fuissetis obligati. Si non nisi de primis *mille sexcentis* consilium vobis fuisset obligari, ut illis consumptis, fidejussio consumeretur, id exprimendum, aut instrumentum citius repetendum fuisset, *l. 7. C. Locati.* Contra Sponsores; quod ipso jure commissum & finitum erat, ad hoc exprimendum aut revocandum se non fuisse obstrictos arguebant. Et hæc ratio, quanquam pro Creditore non deerant qui juris rationem militare statuebant, tum quidem in Curia nostra prævaluit, etsi fidejussores ex alia causa, de qua *ad tit. de Solution.* partem debiti solvere condemnati sint.

10. Difficultas inveniendi fidejussorem, sæpe tanta est, ut ea res, cujus gratia fidejussor datur, in ipsius manibus relinquenda sit, & quia rebus alienis incumbere eaque specioso prætextu retinere, ἐράσμιον πρᾶγμα, ut ait Justinianus *Novell. 72. amabile negotium habetur*, quæsitum est, an alia securitate præstita, cogi possit, ut rebus cedat. Exempli gr. Qui sententia vicit, a qua Supplicatio sive Revisio petita est, non potest ad executionem procedere, nisi fidejussione pro judicato Revisionis præstita, in casum, retractationis *Nov. 119. c. 5.* Nemo fidejussor esse vult, nisi re pecuniave controversa in manibus suis collocata. Lis multos annos pendet, ut fit, apud nos imprimis in casu Revisionis. Victor alio fidejussore oblato, aut pignore sufficiente pro sorte

Ex. 48. §. 30. sed in Electorali Saxonia de contrario usu, testantur Hartm. Pistor. *Obs. 112.* Carpz. *P. 2. C. Ll. 12. def. 9.*

& ac-

& accessoriis, cavet sponsorem indemnem fore, petitque restitutionem. Fidejussor tamen negat restitutionem, nisi a sponsionis obligatione liberetur, quod non nisi ab adversario fieri potest; Is autem ad hoc nullo modo compelli potest. Dicendum igitur, fidejussorem cogi ad restitutionem, admissa cautione pro sua indemnitate, quæ sufficiat; quia certi juris est, ut qui rem alienam tenet, eam domino, si justa ex causa pro indemnitate caveatur ipsi, restituat. Potest tamen esse res dubia, ut visum in tali causa. Titia & Caja, cum duobus fratribus heredes alicujus factæ, ipsæ partes suas acceperant, fratres aberant, nec, ubi & an usquam essent, constabat. Proinde partes eorum administrandæ, ut juris esse, diximus *alibi*, sororibus erant permissæ sub cautione. Quæ cum fidejussorem invenire non possent, pecunias collocaverant apud Sempronium, hac lege, ut donec fratres adessent, aut de morte eorum constaret, is bona custodiret, usurasque solveret exiguas. Sorores ad paupertatem extremam redactæ, cum jam fratres plus annis triginta absfuissent, petebant a Sempronio, ut sibi illa bona restitueret, aliumque fidejussorem satis idoneum pro indemnitate ipsius offerebant; qui jam nulla fere spe reditus fratrum, facilius, & meliori conditione poterat inveniri. Sempronius offerebat restitutionem, si ab sua fidejussione liberaretur. Quod non erat in potestate mulierum, quæ scilicet ut bona fratrum ipsis plane concederentur, nondum impetrare potuerant, eo quod nihil plane de morte illorum constabat, neque tanta ætas adhuc effluxerat, quæ præsumptionem de morte peremptoriam inferre poterat, qua de re locuti sumus *ad tit. de Probat. n. 19. pag. 1123.* non erat tamen invidendum sororibus, quibus reditus concessi erant, si sortem alibi æquioribus usuris sub pari cautione collocare poterant, nec ille causam recusandi, certus indemnitatis, habebat. Ideo pars dominorum ubi illa conditione reum condemnabant; pars, ægre tamen, Reum, offerendo restitutionem, si a fidejussione liberatus esset, absolvebant, & sic absolutus est *ante ferias Pasch. 1681.*

TIT. II.

De Novationibus.

I. Remissio, & observationes quædam singulares. II. Esse novationem, qua dominus fundi Colonum secundum, cui primus sublocavit, pro Colono suo recipit. III. Constituti a Novatione discrimen.

HUic Rubricæ satisfactum est *ad tit. Inst. Quib. m. l. toll. obl. n. 12. & seqq. & supra tit. de Judic. n. 30.* Tu hic obiter nota, vulgo pro novatione sumi, confectionem novi instrumenti super eodem debito: quod verum non est, etsi debitum augeatur, si modo qualitas non mutetur; appellatur tamen abusive novatio in *l. 57. de Administr. Tut.* A. Matth. *tract. de oblig. disp. 45. th. 13.* sicut eam haberi necesse fuerit, si de priori, & quod eadem sit, non liquido constiterit; prudentiaque opus est in hujusmodi novationibus instrumentorum, ut parata sit fides obligationis pristinæ, contra eos quorum interesset, hanc quoque esse novam. Nota II. delegatio tollit exceptionem doli, qua debitor contra delegantem, se uti posse sciebat, *l. 12. h.* nec etiam si ignoraverit, contra novum creditorem habet hanc exceptionem, verum tunc delegantem convenire debet, *d. l. 12.* quod in fidejussore secus est, *l. 32. de fidej. l. 7. §. 1. de excep.* vid. *supr. tit. de Mand. n. 31. & seqq.* III. Si creditor, facta delegatione, novum debitorem non solvendo reperiat, regressus ad priorem debitorem minime datur, nisi is dolo malo adfirmaverit, eum esse idoneum satis, *l. 7. §. ult. & l. sequ. l. 25. & l. 38. de dol. mal.* A. Matth. *d. disp. 41. th. ult.*

2. Quando accidit, (sæpe usu venit) ut dominus fundi novum Conductorem, cui Colonus fundum sublocavit, acceptet pro suo Colono, iisdem licet omnino conditionibus, quas primus habuerat, hæc est Novatio, per quam primus Colonus liberatur, est enim adsumptio novi debitoris in locum prioris. Ac ideo si contingat, secundum esse reliquatorem mercedum, primus pro illis non tenetur: qui teneretur, si novatio facta non esset. Usu venit, ut tali casu dominus executionem dirigeret in domum secundi conductoris sibi pignoratam, in quam Sublocator habebat hypothecam priorem: At dominus pati debuit, ut primus Conductor idemque Sublocator, eum ab hac domo omnique adversus petitione submoveret. *Ante Jacobs* Curator liberorum *van Tjepke Tjepkes*, contra *P. W. Procuratorem Dominæ ab Ursule &c.*

ante ferias Quadrages. 1680. Quæ res commonefactos habere debet homines, ut in ejusmodi occasionibus novationem excipiant, quæ alioquin ex mutatione personarum, ubi nulla fidejussionis species, necessario præsumitur.

3. Constitutum non esse Novationem, diximus *ad tit. de Constit. pecun.* nec ideo, quod quis sine fidejussione se debitorem pro alio constituit, novationem committi, satis ibi demonstratum est. Non erat igitur novatio in illa specie, quam *tit. præced. n. 5.* proposuimus, pro qua tamen habitam fuisse recordor, sed erat constitutum solvendi quod alius debebat: quod etsi minus evidenter hodie a novatione distingui potest, sublato stipulationum a pactis distinctarum usu; manet tamen hæc differentia, quod novatio non præsumitur, ubi non exprimitur, & ubi potest esse sponsio vel participatio alieni debiti, *l. ult. C. de Novat.* Accedebat in proposito exemplo pactum, ut cessio fieret constituenti in principalem debitorem, manifesto argumento, non esse delegationem, primique debitoris liberationem. Confer. *d. n. 5.*

Tit. III.

De Solutionibus.

I. Quis, cui solvi possit. II. Quæstio illuc pertinens. III. Quid solvendum; una solutione tolli debitum plurium causarum. IV. Cui ex pluribus debito, imputetur facta solutio. V. De solutione debiti sub usuris, & sub pœna. VI. Item annui Debiti. VII. Ubi & quando facienda solutio. VIII. De Oblatione remissive. *IX. De Confusione.*

Etiam de solutione diximus *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl.* Neque dicta repetemus, sed non erit otiosum, sequentes articulos recensere. Quis, cui, quid, ubi, quando fieri possit solutio. I. Quis? non modo debitor ipse, qui alienandæ rei suæ potestatem habet, *l. 19. §. ult. h. t. l. 10. C. eod.* sed & Procurator & negotiorum gestor, *l. 18. C. h. t. l. 45. §. ult. de negot. gest.* & quivis alius, ut dix. *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl. n. 4.* De his, qui sub Cura sunt, diximus ad *§. ult. Inst. per quas person. cuique acquir.* II. Cui? Solvitur non modo ipsi creditori, sed & procuratori curatorive ejus, *l. 12. & l. 14. h. l. 24. de Neg. gest.* vel cuicunque alii, jubente & adsignante creditore, *l. 49. D. h. t.* specialiter scilicet: Nam Procuratori ad litem non potest solvi, *l. 84. h.* nec præposito ad locandum, merces solvi potest, *l. 1. §. 12. de Exercit. act.* nec ideo mandatarius ad vendendum, recte solutionem accipit; sed opus est speciali mandato, vel generali ad omnia bona, *l. 12. in pr. h. t.* quo respectu Tutoribus etiam recte fit solutio, *l. 14. §. 1. h.* Quod si dominus solutionem aliis factam non habeat ratam, datur ei condictio, vel vetus actio, *l. 14. in pr. h. t.* Nisi ex circumstantiis liqueat, ut sæpe usu venit, hoc actum esse, ut per consequentiam Procurator ad actum aliquem, solutionem ejusdem causæ faciat vel accipiat, ut in *l. 35. h. t.* Sand. *3. 16. 2.* Si quis obligationem cesserit alii, nunquid debitor adhuc solvere potest cedenti, ut cessionario non teneatur? Potest tuto, nisi denunciatum ei sit, ne solveret cedenti, vel certior de cessione factus fuerit, *l. 3. C. de Novat. l. 6. C. de hered. vel act. vend.* quod confer & refer ad ea, quæ dicta sunt ad *tit. de Mand. num. 12. sub fin.*

2. Quæritur, si capta civitate, debitor hosti solvere coactus sit, an hoste pulso, vetus creditor adhuc agere queat: Negatur, nisi debitor ante hostis adventum in mora fuerit, *arg. l. 13. de Negot. gest. l. 82. §. 1. de V. O. l. 27. §. ult. de Leg. 3.* Mornac. *ad l. 13.*

SCHOLIUM.

Hæc quæstio quamvis recte definita, tamen quia ad Jus naturale spectat, ex aliis principiis decidenda est, quam ex legibus civilibus.

RESPONSIO.

Si nullus est melior Juris naturalis interpres, quam Legislator Romanus, ut vel ejus inimici fatentur, non possunt argumenta ejus juris, ab ejusmodi Quæstionibus esse aliena. Sed est quæstio ex ratione Juris Gentium publici & civilis privati mixta: ejusmodi materias ad illud Jus Gentium pertinentes, ex Jure Civili plurimum illustrari, docet Grotius per totum Jus B. & P.

N. ADDIT.

I. Nescio quos hic intelligat Justiniani inimicos Autor. Ego ex JCtis neminem novi. Neque enim tales sunt, qui nævos Jurisprudentiæ Justinianeæ cæcis palpandos ostendunt. Hi vero nescio ubi fateantur, nullum esse meliorem Juris naturalis interpretem, quam Justinianum vel Tribonianum, cum omnes leges, quarum Tribonianus autor est, ejus ignorantiam bonarum artium ubique

que demonstrent. II. Dum vero Grotius materias ad jus Gentium pertinentes ex jure civili plurimum illustrari, per totum opus docet, per Jus civile non intelligit constitutiones Justiniani, sed potissimum Pandectas seu rudera ex Scriptis eruditorum ac prudentum JCtorum hac diligentia Triboniani ad interitum redactis. III. Aliud est, definire controversiam, seu adhibere argumenta probantia, de quo locutus sum in scholio, aliud, adhibere argumenta illustrantia, de quibus loquitur Grotius. Illustratio enim potest esse sine probatione, secundum vulgatum: Exempla non probant, sed illustrant.

3. Solvendum porro quod debetur, ut dictum ad *Inst. h. t.* sed quæritur, si res alia volenti in solutum data sit, eaque evicta fuerit, utrum prior obligatio duret; quod videtur, quasi ex prævio tacito consensu, *l. 46. h. l. 8. C. de Sent. & interlocut.* Solutionem quoque per partes, invito obtrudi non posse, dictum est ad *Inst.* quod si volenti partem debitor solverit, etiam reliquum agnovisse videtur, *l. 2. C. ad SC. Macedon. l. 7. §. pen. D. eod.*

4. Si unicum sit debitum, & plures debendi causæ, non est dubium, quin unica numeratione omnes liberentur, *l. 38. §. 2. h. l. 44. h. t.* non obstante, *l. 84. eod.* ubi dominus non dicitur solvisse totum, ne solvisse quidem omnino dicitur.

SCHOLIUM.

Stringit tacite Wissenbachium, qui ad h. t. th. 16. *dicit, in* d. l. 84. *supponendum esse, quod Dominus de peculio servi conventus, non solidum, sed partem debiti solverit. Verius enim est, dominum ibi nihil solvisse, ut Autor hic.*

Porro qui ex diversis causis debens, partem solvit, imputare potest quod numerat, ei causæ, cui voluerit, *l. 1. de Sol.* si non dixerit, creditor id facere potest, modo sine captione & incontinenti, *d. l. 1. de Solut.* Neutro apud solutionem id exprimente, imputatur ei debito, quod maxime debitorem allevat, *d. l. 1. & seqq.* potius quod satisdato, quam quod sine satisdatione debetur, *l. 4. h.* si nullum prægravet, antiquiori, *l. 5. in pr.* cunctis paribus, imputatur universis, *l. 9. eod. tit.* adde *l. 97. h. t.* Quem usum hæc habeant, exemplo declaretur. Sector publicus petebat rem in auctione a Primo emptam, in quam ipse habebat hypothecam, & jus retentionis ex pacto, quamdiu pretium non erat solutum. Emptor eam rem vendiderat Secundo, qui per hypothecariam conveniebatur. Hic re explorata, opponebat, venditorem suum Primum solvisse plus quam pro re illa debuisset. Sector replicando hinc collocabat, summas a Primo pro variis mercibus debitas, inde solutiones variis temporibus factas; quibus collatis restabat ei summa notabilis, pro qua jus hypothecæ implorabat. Si non fuisset additum, in quam debiti causam facta fuisset quæque solutio, recte potuisset ipse solutionem factam, cui debito vellet, imputare; sed a debitore dictum, idque rationibus adjectum erat, solutionem pro mercibus Junio mense comparatis esse factam: Atqui patebat, rem controversam mense Junio fuisse emptam, & sic hypothecam per solutionem ipso jure esse liberatam, in causa *Wilhelmi Hilarii Quæstoris auctionum Leovardiensis*, contra *A. B. d. 18. Jun. 1681.*

Addamus aliud exemplum, quod *ad tit. de Fidejussor. n. 9.* in alium finem retulimus. Mercator lapsus bonis, sponsione nova pro certa summa fretus, emerat denuo a veteri creditore, eique diversas pecuniarum summas solverat. Hic solutiones successive posuerat e regione debiti tam veteris quam novi, e postremo collatis omnibus *reliquum* prædicto loco expressum, quod a Sponsoribus petebat. Hi præter rationem *supra* adductam, movebant, Creditorem non debere solutiones post suam sponsionem factas imputare veteri credito; quippe eo subducto, debitorem, pro quo illi spoponderant, plus solvisse quam post tempus suæ sponsionis emisset. Creditor contra; Cum debitor simpliciter solvisset, in sua id esse potestate, cui debito solutiones imputare vellet. Aut in dubio, vetustiori debito imputationem esse faciendam, quod pro sua intentione foret. Atque ea sententia vicit: Etsi in contrarium dici poterat, solutionem simpliciter dictam imputari debere debito, quod fidejussores habebat, *d. l. 3. h. t.* secundum quam rationem fidejussores *Harlingani* fuissent absoluti. Nam in proposita facti specie neuter dixerat, in quod debitum solveretur, *utriusque demonstratio* cessabat, ut ait *d. l. 4.* Tum vero ita juris est, quemadmodum audivimus ex *l. 4.* Tu dices, cessante demonstratione, præsumendum est, Creditorem fecisse imputationem in vetus debitum, pro quo non habebat sponsorem; de novo debito securus erat. Responderi potest, debitoris esse priores partes imputandi; at is præsumendus est, maluisse duplici, quam una principali obligatione se liberare, quæ est fidejussoria cum principali, & ideo

ideo hanc præsumptionem vincere oportere; sed magis est, ut præsumptio hac parte non admittatur, quia debitoris imputatio a creditore potest recusari, *l. 2. h.* Denique lex vult, in dubio magis id solutum videri, pro quo satisdatum est, quam antiquius *d. l. 4. & l. 5. in pr.*

5. Quod si vero debitum sit usurarium, solutio, omnium primo usuris, postea sorti imputatur, nec id debitor mutare potest, *l. 5. §. pen. & ult. d. tit.* idque ideo, ne usuræ pereant: quia sorte soluta, usuræ, quæ ex judicis officio debentur, peti non possunt, ut *alias* dictum, cui accedit, quod inter partes id actum sit, ut usuræ manente sorte solverentur, ideoque juxta illum ordinem solutio facta præsumitur; nisi quando usuræ non sunt liquidæ, sed controversæ, qua de re Sand. *3. 16. 3.* Scilicet, non modo principalem, sed & accessorias obligationes perimit solutio, qualis est pignorum, fidejussorum, omnesque cautiones, *l. 38. §. 2. & l. 44. eod.* Quando sub pœna aliquid debetur, sorte (c) soluta, pœna exigi nequit, *l. 10. §. 1. de Pact. l. ult. Quod cert. loc. & l. 28. de action. emp.* pœna soluta in sortem imputatur, (d) *l. 42. Pro soc. l. 28. de Action. Emp. & l. 44. §. pen. de O. & A.* nempe, si quis rem aut pœnam sit stipulatus; Nam quod in pœnam tardæ solutionis, aut delicti exactum est, lucro cedit (e) creditoris, *l. 79. de furt. l. 6. de Locat.* excepta specie *l. 22. de pignor. act.*

SCHOLIUM.

(c) *Id est, debito principali.*

(d) *Hoc est, si pœnam solverit, debitum principale peti nequit, nisi in quantum plus in eo est.*

(e) *Id est; poterit tunc etiam debitum principale post jam acceptam pœnam exigi.*

6. Nota denique, eum, qui debet annuam quantitatem, reditusve annuos, nec omnium solutionem probare potest, sufficere, si probet triennii proximi solutionem, per *l. 3. C. de apoch. publ. lib. 10.* junct. *l. 1. C. de fideicomm.* Mascard. *de probat. conclus. 1327.* Wissenb. *ad h. t. th. 16.* Hinc quæsitum fuit, quid juris in tali specie. Venditum erat prædium duobus aureorum millibus, certis pensionibus solvendum. Kalendis Majis quingenti, sequentium annorum Kalendis Majis centeni, usque ad universam solutionem erant solvendi. Instrumento venditionis erat inscriptum, omnes pensiones a secunda ad ultimam esse solutas, de prima nihil constabat, & res inter Creditores agebatur. Venditor primam pensionem jure prærogativæ adhuc petebat; sequens Creditor solutionem præsumptam ex quindecim terminis posterioribus arguebat. Sed venditoris intentio prævaluit, eo quod memorata præsumptio locum habeat in annuis reditibus æqualibusque pensionibus, non in solutione sortis per vices pensionum facienda, & quidem ubi tanta erat inæqualitas inter primam & reliquas pensiones. *In causa Francisci a Scheltema, contra Aukjen Feickes, Creditricem Reineri Nardi. d. 27. Octobr. 1640.* Adde Anton. Merend. *6. Controv. c. 22.* Hæc omnia pertinent ad articulum, quid solvatur.

7. V. Locus solutionis, ubi nihil est dictum, intelligitur domus creditoris, si modo uterque ejusdem fori sit, per *l. 21. de oper. libert.* Sichard. ad *l. 19. C. de usur. n. 17.* de conventione certi loci, diximus *ad tit. de eo, quod cert. loc.* VI. Tempus, quo solvatur, opportunum sit oportet, & quidem, si pura obligatio, statim peti potest, *§. 2. Inst. de V. O. l. 105. h. t. & l. 21. §. ult. de Recept.* at cum temperamento *§. ult. de Inutil. stipul. d. l. 21. §. ult. & d. l. 105.* De solutione ejus, quod in diem debetur, egimus ad *d. §. 2. Inst. de V. O.*

8. Ad hunc titulum posset etiam agi de oblatione & obsignatione pecuniæ, quæ vim solutionis habet, sed occupatus est hic articulus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. ult.* Item *ad tit. Depositi n. 10.* & ad *Tit. de Usuris n. 26. pag. 1107. seq.*

9. Agitur etiam de confusione in *l. 75. h. t.* de qua similiter actum in sæpe dicto *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. 11.* Per eam pignora quoque & fidejussores liberari, docet ratio, & textus in *l. 38. in fin. de Fidejuss.* si nempe creditor heres sit debitoris, qui dedit fidejussorem, ut *illic*, quia tunc etiam principalis obligatio tollitur, *d. l. 38.* Quod si fidejussor heres debitoris fiat, ut debitor heres fidejussoris, tollitur obligatio fidejussoria, & manet sola principalis, *l. 5. h. & l. 93. §. 1. h.* Verum si correus correo fiat heres, utraque obligatio manet, etsi una solutione perimatur, *d. l. 5.* ac ita in eventu sit confusio, *l. 93. §. 1. h. t.* quos textus ita sis, concilia. Denique, si Fidejussor Creditori heres sit factus, æque fidejussoria extinguitur, & manet principalis, *l. 1. §. ult. h. t.* Postremo si Creditor uni ex correis heres sit factus, adversus alterum correum, & hujus vel utriusque sponsorem, manet obligatio, *l. 71. in pr. de Fidejuss.*

Heres fiduciarius idemque Creditor, aditurus here-

hereditatem ut eandem restituat, prudenter & recte petit, ut sibi de suo credito caveatur, *l. 59. in pr. ad Sc. Trebell.* Si tamen coactus adierit, jus suum non amittit, *l. 4. eod.* Imo nec si volens adierit; etsi enim ex ratione juris confusio debiti causam abolitura sit, æquitas tamen vult, ut ex fideicommisso detur repetitio, *l. 80. in fin eod.* quod Scævola ibi concise indicat his verbis; *sed fideicommissi repetitio erat.* Adde Wissenb. *ad h. t. th. 17.*

Tit. IV.

De Acceptilatione.

I. Remissio, & acceptilationem non recipere diem, vel conditionem. II. Observatio illuc pertinens ad acceptilationem alternativam. III. Convenientia & discrepantia Solutionis & Acceptilationis. IV. Pactum de non petendo, ab Acceptilatione hodieque differre. IV. De Apochis & usu illarum.

DE Acceptilatione transegimus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. 5. pag. 350.* Quibus adde si, quod in diem, vel sub conditione facta, nullius momenti est, *l. 4. & 5. h. t.* ubi & ratio, quia perimit obligationem ut solutio, cujus non nisi præsens effectus est; accedente hac ratione, quod sit actus legitimus, quales non recipiunt diem vel conditionem, *l. 77. de R. J.*

Et tamen non refert, utrum pura sit obligatio, an in diem, vel sub conditione contracta: omnes acceptilatione tolli possunt, licet effectus acceptilationis, appareat demum existente die vel conditione, *l. 16. de Sol. l. 12. & l. 21. D. h. t.*

2. Huc etiam illud pertinet, quod cum alternativa obligatio unius speciei solutione tollatur, idem alterius speciei acceptilatione contingat, ut nec altera species peti possit, *l. 27. §. 6. de Pactis.* Et tamen alternativa obligatio conditionalis, per acceptilationem ejusdem alternativæ non extinguitur, sed altera species, altera pereunte, adhuc peti potest, *l. 13. §. 6. h. t.* Quin & si primo absonum videatur, Acceptilationem unius e duabus rebus, obligationem extinguere totam; & totius alternativæ acceptilationem id non efficere, desinet tamen ita videri, si exemplum inducas. *Erotem aut Stichum dare, si navis ex Asia venerit, Spondes? Spondeo.* Est alternativa conditionalis obligatio. *Erotem aut Stichum, si navis ex Asia venerit, acceptum fers? Acceptum fero.* Est alternativa acceptilatio, quæ nondum habet effectum in alterutra specie. Quando igitur Eros perit ante conditionem existentem, Acceptilatio alternativa non est amplius talis, ac ita evanescit. Cæterum, in pura stipulatione & acceptilatione alternativa, cum hæc statim effectum habeat, dicendum, alternativam obligationem per acceptilationem ejusdem generis tolli; Etsi enim talis acceptilatio a solutione differat, quod solutio nunquam alternative fieri possit, tamen Acceptilatio per se alioqui tollit verborum obligationem ejusdem formæ & conceptionis.

3. Usque adeo cum Solutione convenit Acceptilatio, ut si fidejussori acceptum sit latum, debitor etiam liberetur, *l. 13. §. 7. h. t.* In aliis tamen discrepant. Quippe non cuicumque solvi, is etiam acceptum ferre potest; adjecto solvi potest, etiam invito stipulatore, *§. 4. Inst. de inutil. stipul. l. 12. §. pen. D. de solut.* nec tamen is accepto ferre potest, *l. 10. D. eod.* Tutoribus & curatoribus solvi potest, nec tamen accepto ferre directe, *l. 13. §. 10. h. tit.* Item, sicut uno solvente correo, alter liberatur, ita si ex pluribus debendi reis uni accepto feratur vel unus stipulandi reus acceptum ferat, reliqui liberantur, *l. 16. D. h. tit. & l. 2. de duob. reis.* Nec adversatur *l. 2. §. 3. de V. O. l. 1. C. de Transact.* nec enim de correis loquuntur. Plura Thomasius *hic.*

N. ADDIT.

Nescio vero, cur illa plura non addiderit, præprimis cum non consentiant cum iis, quæ ibi posuit Autor. Nam loco verborum, quæ hic habet, Nec enim de correis loquuntur, *ibi dixerat*; Nec enim secus est, quam si Creditor actiones suas adversus correos cedat. *Ad quæ adjeceram*: *Hoc videtur Autor innuere: unum correum debendi, liberari per acceptilationem alteri factam, a creditore, non vero a correo, si creditor ipsi jus suum ante acceptilationem cesserit. Sed hæc responsio non quadrat* ad l. 1. C. de transact. *quæ aperte creditori post acceptilationem aut transactionem jam factam, adhuc actionem dat. Ergo potius dicendum, ibi sermonem non esse de duobus correis, sed de duobus tutoribus, qui etiam de jure ff. habent beneficium divisionis. Vid. supra* de administr. & per. tut. n. 10. *Quod vero attinet* d. l. 2. §. 3. de V. O. *sunt equidem Pauli verba*, pars cæterorum obligationi

ligationi fupererit, *talia, ut tam de obligatione respectu creditoris, quam de eo, quæ est respectu correorum post cessionem factam, possint intelligi. Sed vereor tamen, ne priorem in mente habuerit, tum propter vocem*, Supererit; *tum quod Paulus in quæstione plane simili a reliquis JCtis dissentiat; de qua supra ad* Inftit. de duobus reis n.4. *Hactenus scholium meum, ex cujus prima parte, ut apparet, Autor jam suam responsionem correxit.*

4. Moribus hodiernis, quod Pactum de non petendo & Acceptilationem nihil differre fcripfimus, ad *Inst. tit. Quib. mod. toll. obl. n. 5. in fin.* cante accipiendum, de modo exprimendi pacta non petendi & acceptilationes, eo quod utrobique vulgaria, non concepta verba adhibeantur. Sed ufus & effectus & expreffio differunt; Aliis enim verbis concipimus id, quod appellatur *kwytscheldinge*, quæ eft *Acceptilatio*, & aliis *Belofte van niet manen*, id eft pactum de non petendo. Priore modo debitum funditus tollitur, Pofteriore manet obligatio, manet femper debitum, & debitor; etiam poteft ad tempus effe, proque certa perfona, ut heredes iterum convenire liceat, quæ de Acceptilatione prædicari nequeunt. Et quidem pacta de non petendo ad tempus, aut a certa perfona, longe ufitatiora funt quam fimplicia. Qui enim plane vult renunciare credito fuo, fere in hoc eft, ut acceptilatione utatur, nec forte an adeo, quod ad effectum attinet, inter Acceptilationem & pactum de non petendo fimplex & reale, multum intereffe dixeris. Inftituitur autem Acceptilatio non tantum donandi animo, fed etiam transactionibus hodieque fubjungitur, ut diximus *ad tit. de Transact. n. 1. in fin.* atque in novationibus adhiberi folet, ubi pacta non petendi nec hodie ufu venire poffunt, *l. 4. de Condict. c. d.*

5. Quomodo Apocha ab Acceptilatione diftinguatur, habuimus ad *Inst. tit. præd. n. 5.* idque *non minus* hodieque fervatur. Quemadmodum Solutio & Acceptilatio in effectis conveniunt, idem de Apocha, quæ eft folutæ pecuniæ confeffio, intelligendum. Proinde ficut Acceptilatio fimpliciter facta, perimit omne debitum, cui fubjicitur, *l. 6. h. t.* fic etiam de Apocha exiftimandum, quando fimpliciter, inquam, eft concepta. Quin etiam, ubi Debitum eft incertæ quantitatis, apocha vero ad illam fpectans certam habet quantitatem, in dubio totum videbitur effe peremptum, *arg. d. l. 6.* nifi aliud ex circumftantiis colligendum, ut fi caufa debiti fit ejusmodi, quæ tractum temporis habet; qualis in hoc exemplo: Advocatus clienti fuo dederat apocham feptendecim ducatonum, pro falario in tali caufa. Dein longe majorem fummam petebat, in diminutionem quod acceperat imputans. Cliens apocham fimpliciter conceptam, ut univerfi debiti peremptoriam demonftrabat; fed aliter judicatum eft, quia pendente lite, fcire non poterat, quantum falarium effet futurum: Nec quidem in præteritum vi peremptoria valuit, eo quod Advocati, pendente lite, non habent expeditum, quid expenderint. In caufa *A. C. contra Nicolaum vander Laen, d. 7. Mart. 1680.* In dubio tamen, natura negotii non refragante, recedendum non eft ab eo, quod diximus, Apocham fimpliciter conceptam perimere totum debitum, qua de re judicati exemplum habuimus ad *Tit. de Pactis pag. 615.* etfi prudentius, utrum in totum, an pro parte valeat, exprimatur. Certe nunquam, etfi generalis, ultra debitum cui fubjicitur, vis ejus extendi poteft; nifi generalibus concepta verbis ad quælibet debita, non ad unum fpecialiter, fe referret; qualis omne quidem debitum prius tempore perimit, ut tamen qui talem habet, reftitutionem rei alterius propriæ nullo modo negare poffit, *arg. l. 28. §. 4. de Liberat. Leg.* A. Fab. *4. C. 4. def. 32.* Poftremo tenendum, etfi pro exhibitione inftrumenti plerumque fit præfumptio Solutionis, multa tamen evenire poffe, quominus id ita præfumatur, ut demonftratum eft, ad *tit. D. de Pactis.* Ideoque recte fibi confulere debitores, quando folvunt, fi non contenti recipere chirographum, apocham fubjici curent, qua de re, aliisque eodem fpectantibus, actum in *Jurispr. Hod. part. 1. Lib. 3. c. 39. n. 9. & sequ.*

TIT. V.

De Stipulationibus Prætoriis.

I. Parum utilem esse hanc Rubricam. II. Differentiæ inter conventionales & prætorias Stipulationes.

Stipulationes Prætoriæ funt in *h. t.* non quæ a mero Prætoris officio proficifcuntur, ut *tit. I. de Div. Stip.* fed quæ ex edicto Prætoris injunguntur. Hæ funt vel judiciales, quæ propter judicium

cium interponuntur, ut est cautio de rato, & judicatum solvi; vel cautionales, quæ ut nova sit actio, intercedunt, ut legatorum, de tutela, de rato, & damni infecti; vel communes, quæ fiunt judicio sistendi causa, *l. 1. pr. & §. sequ.* vel conventionales. Sed hæc quadruplex divisio parum liquido usu constat, ut recte Bachov. *not. parat. h. t.* Contentis esse licet nobis ea partitione, quam habuimus in *tit. Inst. de divis. stipul.* quo remittimus Lectorem.

2. Differentiæ inter prætorias & conventionales stipulationes præcipuæ sunt hæ; Prætoriæ per fidejussores firmandæ sunt, *l. 7.* non Conventionales. II. Ex prætoriis actio per Procuratorem acquiritur, *l. 3. & l. 5. h. t.* non e conventionali, *l. 73. §. ult. de R. J.* III. Prætoriæ pro parte committuntur, ita ut si a pluribus fiot præstitæ ac unus non impleat, reliqui non teneantur, si pro suis partibus satisfecerint, *l. 9. §. 1. Si quis caut.* Ex conventionalibus si unus non impleat cautionem, nihilominus reliqui tenentur ad id, in quo unus ille defecit, *l. 5. §. ult. de V. O.* IV. Prætoriæ, si fidejussores desierint esse solvendo, rursus præstandæ sunt, *l. 4. de Præt. stip. l. 8. §. 3. & l. 10. in f. Qui satisd. cog.* de conventionalibus id nusquam traditur. In prætoriis, Magistratus explicat ambigua, *l. 9. d. t. de prætor. stipul.* in conventionalibus contra stipulantem fit explicatio, *l. 26. de reb. dub.* Agitur ex his stipulationibus, si id, quod convenit, factum non est, adversus debitorem, & ejus fidejussorem, *l. 4. §. 2. Rem pup. vel adol. salv. for.* scilicet in id, quanti ea res erit, hoc est, quanti interest factum non esse, aut ad pœnam, si qua sit verbis comprehensa, *l. 6. in fin. hic.* Solet enim omnibus prætoriis stipulationibus facti, pœna adjici, *l. 6. & l. fin. hic.* ad evitandas probationum super eo quod interest difficultates, *d. l. fin. in fin.* Incertum enim continent. *l. 2. hic. §. ult. I. de V. O.*

Tit. VI.

Rem pub. salv. for.

HAnc satisdationem Tutor præstat, de qua dictum in *Inst. lib. 1. tit. 24.* Eam stipulatur pupillus, vel alius qui in curatione est, ipse, si præsens sit, & fari possit, licet ejus sit ætatis, ut non intelligat quid agat. Si absit, aut fari non possit, servus ejus. Si servum non habeat, emi debet; si non sit unde ematur, servus publicus apud prætorem stipulabitur, aut Prætor aliquem dabit, qui stipuletur, isque pupillo actionem acquiret utilem, *l. 2. 3. & 4. in pr. & l. 6.* Ex stipulatione oritur actio, quæ contra tutores & eorum fidejussores datur finita tutela, *l. 1. hic.* contra protutorem vel curatorem, & fidejussores ab eis datos, statim ac quæque res salva esse desiit, *d. l. 1. & l. 4. §. 7.* Hac autem actione id consequitur pupillus, quod in tutelæ judicium venit, *l. 5. §. 6 & l. 9. hic.* Moribus hodiernis, sicut *apud Inst.* dictum, rarius in usu est satisdatio. Verum stipulationes semper a Magistratibus exiguntur, easque Tutores jurejurando confirmant.

Tit. VII.

Judicatum solvi.

I. Remissio, cum quibusdam singularibus. II. De uno judicio facta num valeat in alio. III. Usus ejus.

DE hac cautione diximus *ad tit. Inst. de Satisdat. in pr. n. 4. & seq.* quorum summa hæc est. Jure Veteri reus actione in rem conventus, satisdabat judicatum solvi, secus in actione personali, *pr. I. de Satisd.* Ratio, quia judiciis realibus agitur de corporibus, quæ perire vel deteriora fieri possunt, in personalibus vertuntur quantitates, quæ nec perire nec deteriores fieri possunt, *arg. l. 11. C. Si cert. pet.* Habet tres clausulas hæc cautio, rem defensum iri, dolum malum abesse abfuturum esse, judicatum solutum iri, *l. 6. h. t.* Ex una causa sive clausula hæc stipulatio commissa, ex aliis amplius committi nequit, *l. 5. §. 2. eod.* si videlicet idem, & ex eadem causa, ab eodem petatur: alias secus est, *l. fin. eod.* Ea res latius exponitur in *l. 13. pr. h. t.* ubi & hoc discimus, ob rem non defensam, non committi stipulationem, si res ad litis contestationem non pervenerit; sed tantum, si post litis contestationem eremodicium fuerit contractum.

2. Porro, cum & hæc stipulatio ex conventione partium pendeat, *consentaneum est, si quis ad aliquem judicem iturus, judicatum solvi stipulatus sit, apud alienum vero agat*, stipulationem

non committi, & fidejussorem non teneri, *l. 3. in pr.* nempe, si nomen judicis in stipulatione fuerit expressum, cautumque sit, *ut quod Sempronius judex judicasset, id praestaretur, l. 20. h.* quo casu ne quidem apud judicem appellationis, tenet haec cautio judicatum solvi: *nempe si reus in priori instantia fuerit absolutus* & in appellatione condemnatus, ut est in specie *d. l. 20.* Quod si Reus, qui cavit judicatum solvi, priore instantia condemnatus sit, quia tum fidejussor tenetur, appellatione interposita non potest desinere teneri, quoniam nihil ea pendente novandum est, *Tit. D. Pend. appel. nib. innov.* Ideoque & fidejussoris obligatio suspenditur, donec reus a superiori judice sit absolutus; si vero condemnetur, fidejussorem omnino teneri necessum est: quod multo magis dicendum, si cautio in rem facta sit, nulla certi judicis mentione facta; tametsi Bartolus in *d. l. 20.* contra senserit. Verum id, quod diximus, Curia nostra secuta est in hujusmodi casu: Titius pro Cajo judicatum solvi fidejusserat, in causa *sub judice Leovardiensi* pendente; Cum autem Cajus condemnatus appellasset, fidejussor credens se facilius contra mandatorem suum, quam adversus eum, cui ex fidejussione obligatus erat, auditum iri, petebat, se per Cajum onere fidejussionis liberari, idque duplici ratione: prima, quod cum mentione judicis Leovardiensis fidejussisset, ideoque apud supremam Curiam non teneretur; altera, quod fidejussor post condemnationem adversus debitorem agere possit, ut liberetur, *l. 38. §. 1. Mandati.* Ad priorem rationem modo responsum est, eaque ad posteriorem perinde sufficit. Nondum enim est in statu condemnationis, qui appellavit, cum sententia per appellationem suspendatur, imo rescindi dicatur in *l. 1. §. ult. ad Sc. Turpil.* Bartolus in contrarium motus est, maxime verbis *§. si vero aliquis. 4 in fin. I. de Satisdat.* ubi fidejussor judicatum solvi, teneri dicitur ad praestandum *omnia, quae in condemnatione continentur*, NISI PROVOCATUM FUERIT. Ex quibus verbis, Bartoli sententiam claro & evidenti testimonio confirmari, scribit Fachinaeus in *lib. 8. Controv. cap. 57.* cui proinde suae approbationis calculum adjicit, quod nobis non videretur. Nec enim Justinianus in *d. §. si vero.* docet, fidejussorem non teneri amplius appellatione interposita, sed non cogi praestare quod in condemnatione continetur, cum ejus vis provocatione suspendatur; Ideoque secundae instantiae eventus expectandus est. Atque ita Curiae nostrae visum, Fidejussorem, qui judicatum solvi caverat apud Judices Leovardienses, Reo ibi condemnato, per appellationem interpositam non liberari. *In causa N. vander Leely, contra Gabrielem Roqueval, ante ferias Pentecost. 1680.* Quanquam Fachinaeus in *pr. d. cap. 57.* inter omnes constare scribit, si nomen prioris judicis in cautione judicatum solvi expressum sit, fidejussorem in causa appellationis non teneri, per *d. l. 20.* quae tamen agit de casu, quo *petitor appellavit*, Reusque prima instantia absolutus est: Tunc nihil est causae, cur fidejussor certi judicii, illo finito, amplius teneatur. Verum an is, qui in rem fidejussit, promisitque se judicatum soluturum, sine mentione vel respectu judicis certi, liberatur etiam ubi semel reus est absolutus, appellatione licet interposita? Non videtur, etsi Bartolus & Fachinaeus ita enixe velint. Rectius Martinus Glossator, aliique laudati a Fachinaeo tenent, eo casu fidejussorem teneri, dum causa peremptorie decisa, & in statum executionis deducta sit, quod ex generali conceptione verborum, quae cum effectu accipienda, sine dubio colligendum. Trentacinqu. *lib. 2. Resol. 3. de Expens.* Anton. Gabr. *Comm. Conclus. lib. 3. de Fidejuss. concl. 4.* Tessaur. *Decis. 202.*

3. Quando jure novo, moribusque hodiernis usum habeat haec Satisdatio, diximus *ad Inst. d. tit.* Reducitur ad duos fines, Arresti relaxandi, & Interventionis, sive defensionis: De Arresto diximus ad *tit. de in jus voc. p. 509.* idque jam tota Europa notissimi usus habetur, Arresta tam personalia quam realia, solvi per satisdationem de judicato solvendo, quod & meritissima juris ratio postulat; ne quis alium hominem alienamve rem, si caveatur, detineat. De interventione hac, curate diximus ad *tit. de Procurat. pag. 661. & seqq. part. praeced.* ubi quod subjecimus, a necessariis defensoribus non exigi hanc cautionem, id de absolute necessariis, qui judicio ab Actoribus compelluntur, non de his, quos ibi secundum quid necessarios appellavimus, accipiendum.

TIT. VIII.

Rem ratam haberi.

I. Usus hujus cautionis. II. Etiam extra judicium. III. Casus quibus cessat.

Procu-

Procurator actoris, cujus mandatum aliquo defectu laborat, stipulanti reo promittere debet, Dominum, quicquid egerit Procurator, ratum habiturum, idque per fidejussorem confirmandum est, *l. 1. C. de Procur. l. un. C. de Satisd.* Idem potest habere locum, quando Statutum requirit, ut Procurationis instrumentum a Notario scribatur, quod apud nos sancitum. Non est juris dubium, quin heic defectus cautione de rato suppleri possit, nec opus, ut ea causa Procurator exceptione cum expensis, ut fit, se rejici patiatur, quod offerendo cautionem evitare potest, ut: q; posse debet. Si quis omnino mandatum ad agendum non habeat, eum nullo modo admitti, exceptis, sub hac cautione, personis conjunctis, diximus *adtit. de Procurat. p. 660 part. praeced.* ut inter personas conjunctas sit etiam uxor, qua de re dix. *sup. p. 1225.* Ferme idem obtinet in aliis negotiis, unde actio nasci potest, *l. 20. h. t.* Eadem ratio est in actoribus civitatis, ut si dubitetur, an sint actores vel Syndici, caveant de rato, *l. 13. de Adm. tutor.* quod cum rarius eveniat, hinc tales, ut & curatores bonorum, non cavere dicuntur, *l. 9. h.*

2. Nec tantum in judicialibus, sed etiam in contractibus obtinet haec cautio, *l. 2.* cum hoc effectu, ut si non fiat quod est promissum, per defectum ratihabitionis, is qui cavit, ejusque fidejussores, in id quod interest teneantur, *l. 13. h. t.* Cum autem in extrajudicialibus haec cautio fiat eodem fine, quo in judicio, supplendi defectus mandati causa, rursus apparet, quam frivolus sit usus ejus in maritis, qui pro uxoribus agentes, se pro his de rato cavere profitentur, cum hi nullius indigeant mandati, ut jam demonstratum est ad *tit. de Tutela pag. 1227.*

3. Cessat haec cautio, I. Si Procurator in judicio sit datus, nisi reconventionis causa, *l. un. C. de Satisdat.* II. Si in libello Principi oblato professus sit actor, se dedisse Procuratorem, *l. 21. h. t.* Vid. *adtit. l. de Satisdat. n. 9.*

LIB. XLVII.

Tit. I.

De Privatis delictis.

I. Continuatio, & de voce delicti. II. Definitio, & quo sensu non omne factum turpe sit delictum. III. Delictum e facto materiaque sui aestimandum, non animo solo. IV. De imperfectis delictis. V. Quid turpitudinem delicti faciat.

Absolutis omnibus, quae ad Contractus & negotia judiciaque Civilia pertinent, sequuntur duo, quos Justinianus vocat, terribiles libri, de Maleficiis, eorumque poenis. Crimina, delicta, maleficia dicas, non multum quidem interest, *l. 131. in fin. de V. S.* nisi quod delicta generalius, crimina tristius aliquando graviusque, *l. 8. §. 2. C. de Vet. jur. enucl.* maleficia de fraudulentis magis, quam audacibus; flagitia de turpioribus exaudiri videntur, ut exemplis demonstrare longius, quam difficilius foret.

2. Sunt autem *Delicta*, si definito opus, *Facta turpia, quae Legibus puniuntur.* Est heic genus & differentia. Tu dices, nonne sufficit ad delicti naturam, ut sit *factum turpe*, quod ibi tantum generis loco ponitur? Non videtur, quia sanctione legis opus est, ut factum pro delicto in civitate habeatur: quo pacto si Malmesburiensis philosophus dixisset, *ex lege Civili sola colligendum esse*, quid fas, quid nefas, quid honestum, aut scelestum sit, dum ait; *Quid furtum, homicidium, adulterium, & injuria sit, id ex legibus civilibus cognoscendum est. tract. de Cive cap. 13. §. 7.* non esset adeo intolerabilis sententia, quam esse probavimus *part. 2. Digress. lib. 1. c. 8. num. 10.* Haec cum illa, positio nihil habet commune; Is enim ita censet, eos, qui sunt in statu naturali, id est, qui non sunt eodem Imperio devincti, juris, hoc est ejus quod fas, nefas, bonum, scelestum vocatur, inter se non habere communionem, nec inter se injurias posse committere. Nos, quicquid est turpe, semper esse nefarium & *injustum* arbitramur, Τὸ γὰρ μὴ καλὸν ἔποτ᾽ ἔφυ καλὸν, ut Euripides: sed delicti aestimatio civilis a poena dependet, *l. 41. de Paen.* Atqui ut non omne honestum legibus, tanquam necessarium praecipitur, ita nec omnia turpia puniuntur, ut probavimus *d. lib. 1. Digress. c. 2. n. 4.* Dicat Martialis in masturbatores,

- Scelus, est mihi crede, sed ingens,
Quantum vix animo concipis ipse tuo.

Et mox, *Istis quod digitis, Pontice, perdis, homo est.*

Non est tamen delictum illud non magis quam ebrietas, quia *Legibus* non *punitur*. Adjungunt igitur hæc verba differentia a definito, ut ita loquar, essentialem, nec adeo debent abesse.

3. Sed quod delicta vocantur FACTA, suggerit has observationes: Primo, quod delictum in cogitatione, cujus pœnam nemo pati dicitur in *l. 18. de Pœn.* non constat, sed adsumpto actu crimina intelligi oportet, *l. 225. de V. S.* Secundo, Cogitatio, si ad factum processerit, non dat formam delicto, si corpus sive materia facti non conveniat. Ideo qui nunquam rem alienam invito domino subtraxit, qui nunquam matremfamilias alienam contrectavit, tametsi putet se fecisse, non est fur, nec adulter, *d. l. 225.* Si credat aliquis, invito domino se rem ejus contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri, *§. Sed & si credat. l. de Obl. ex del.* Qui cum alterius uxore cubare se putans, ancillam amplectitur delusus, non est adulter, quia non est verum, quod alienam uxorem corruperit, *l. 6. §. 1. ad L. Jul. de Adult.* Etsi coram Deo plane reus sit, ut vere commissi: Juris enim divini est, *crimina mente metiri*, Legislatoris, *quotiens manu rem tenere potest*, ut Cicero dixit. Quid est igitur, quod in *l. 14. D. Ad L. Cornel. de Sicar.* habetur; in maleficiis voluntas spectetur, non exitus? & in *l. 5. C. ad L. Jul. Majest.* sic Arcadius & Honorius; *Eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri, jura voluerunt?* Satis constat, hæc loca non de cogitationibus secretis, propositisque solo animo conceptis, sed de actu aliquo adsumpto, vel supposito saltem, accipienda.

4. Sed quousque factum, ut pro delicto habeatur, procedere oporteat, generali definitione statui non potest: Sunt equidem perfecta, vel imperfecta delicta. Perfecta, quæ cujusque maleficii nuncupationem implent; & imperfecta, quæ ad plenitudinem suam non pervenerunt, quod ex singulorum proprietatibus colligendum. In universum, imperfecta delicta non eadem severitate, sed mitius puniri, quicquid Cæsares in *d. l. Quisquis. 5.* dicant, jura voluerunt, *l. 3. de His qui not. infam. l. 1. in pr. & §. ult. de Extraord. crim. l. 21. §. 7. de Furt. l. 16. §. 8. de pœn.* Idque ratio suadet omnino, respectu imbecillitatis humanæ, qua primi motus ita non sunt in potestate, ut eorum actus eodem rigore, quo perpetrata facinora, excipi debeant. Aliquando penitus transmittuntur, ut in crimine Falsi; Qui scripsit falsum testamentum, si tamen signatum non sit, plane transmittitur, *l. 6. ad L. Cornel. de Fals.* quod etiam in levioribus flagitiis servatur, ut *d. l. 3. Qui not. infam.* Quod si factum sive corpus delicti sit impletum, etsi effectum extra se non habuerit, ideo non definit perfectum esse delictum, ut, si falsum sit perscriptum signatumque, sed nihil inde sit petitum aut exactum, *d. l. 6. in pr. de Fals.* Denique fit etiam, ut imperfecta facinora pœnis ordinariis subjiciantur, ut in Lege Cornelia de sicariis, de eo, qui cum telo ambulaverit hominis occidendi gratia, constitutum; quin & conscientia sceleris in crimine Majestatis, quod tamen quo pacto sit accipiendum, suis quæque locis videbimus. Porro & consilium aliis dedisse, si modo eventus secutus fuerit, crimen est, *arg. §. 11. in fin. Inst. de furt. l. 36. §. 1. & l. 53. §. 19. de furt. l. 7. pr. D. de pœn.* Et qui opem ferunt, crimen contrahunt, sive ante commissum scelus id faciant, sive in ipso crimine, sive post commissum crimen, si illorum ope reus aufugit, *l. 54. §. 4. D. de furt. l. 7. D. ad leg. Pomp. de parric. l. un. vers. & qui eis auxilium C. de rap. virg. l. 1. §. 1. D. ad leg. Corn. de Sicar.* Opem tulisse etiam is intelligitur, qui adstitit, tametsi manus non moverit, scil. terrendi causa, *arg. dd. ll.* Qui mandat scelus, quique mandatum exequitur, uterque reus est ordinariæ pœnæ, ut diximus *ad tit. I. Mand. n. 5.* Non eadem causa jussus est, quæ mandati. Qui enim jussum ejus, in cujus est potestate, executus fuerit, ordinaria pœna non semper est adficiendus, *l. ult. C. de his, qui sib. adscr. test. l. 8. C. ad leg. Jul. de vi. l. 2. C. de Sep. viol.*

5. Porro non tantum materia facit turpitudinem delictorum, sed & animus delinquentium. Etenim Facta *turpia* dicuntur, non ob culpam, sed quia dolus in iis requiritur, *l. 53. fin. pr. de Furt. d. l. 3. de injur. l. 7. ad L. Cornel. de sic.* Solum damnum e culpa æstimatur, *§. 3. & sequ. I. ad L. Aquil.* non raro tamen & culpa gravior extra ordinem punitur, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 9. l. 11. de Incend. ruin. naufrag l. 38. §. 5. de Pœn.* quin & sola scientia in atrocioribus, *l. 2. ad L. Pomp. de parricid. l. 5. C. ad L. Jul. maj.* Hinc qui doli capaces non sunt, ut furiosi & infantes, non delinquunt, *l. 12. ad L. Corn. de Sicar.* secus proximi pubertati, *l. 111. de R. J. §. pen. I. de falsi. l. 31. D. eod.* Dolus non modo propositum est, quo delinquunt e. g. latrones; sed & impetus, puta ebrietatis, iræ, amoris, libidinis, *l. 11. §. 2. & l. 16. §. 2. D. de Pœn. l. 7. §. ult. D. ad leg. Jul. repet.* De quasi-delictis, quæ sine dolo eorum, qui puniuntur,

tur, constant, non est locus in Pandectis proprius, ideoque ad *Instit.* ubi diximus, hac parte recurrendum.

6. Inde etiam repetenda Judiciorum divisio, in publica & privata, quam vid. *ad tit. I. De obligat. quæ ex del. nasc.* Sunt igitur delicta vel privata, vel publica; verum dantur species, quæ & privata & publica delicta sunt; ut si quis instrumenta sua prodita dicat, hoc & privatim extra ordinem, *l. 8. de extraord. Crim.* & publice vindicatur, *l. 1. §. 6. ad l. Corn. de fals.* item concussio, *l. 2. de Concuss. l. 1. & §. 1. pr. de fals.* denique plagium, *l. 1. & t. tit. ad L. Fab. de plag.* Adde *l. un. C. quand. civ. act. crim.* Ex hac autem lege quæritur, quid juris sit in concursu actionum criminalium: quod eodem modo decidendum fere, quo articulus de concursu civilium actionum, definiendumque, idem non esse bis exigendum; quo facit, quod pœna eleganter æstimatio delicti dicitur, *l. 41. in f. de pæn.* Igitur, cum civiliter de privato delicto ad pœnam actum est, criminaliter de eodem agi non potest, nec vice versa, sed alternative procedendum, *l. ult. h. l. ult. de furt.* add. *l. 7. §. 1. de Injur.* & imprimis *l. 56. §. 1. de furt.* dix. *ad h. t. Inst. sub fin.* Sed privatum judicium non tollit publicum, quia hæc dantur diversis personis, nec rei persecutoria actio criminale judicium, *d. l. un. Quand. civ. act.* Quod si plura delicta sint, uno licet facto, tum sine dubio datur concursus, *l. 2. pr. & §. 1. h.* etsi movet scrupulum *l. 53. in pr. de O. & A.* de qua diximus in *Prælect. Inst. de obligat. ex del. sub fin.*

Porro ex delicto neque civiliter neque criminaliter heredes teneri, pro certo habemus; nisi post litem contest. *l. 1. pr. h.* vel nisi reus diu post stipulationem jud. sistendi causa, decesserit, *l. 10. si quis caution.* qua de re diximus ad *tit. Inst. de perpet. & tempor. act.* Pœnas quoque delictorum in duplum, triplum, quadruplum, moribus hodiernis cessare, manifestum est; qua ratione, & numquid in universum, videbimus *ad tit. de Pœnis.*

Tit. II.

De Furtis.

I. Remissio, & an furta usus hodie pro talibus habeantur. II. Quid si quis partem rei abstulerit. III. Domestica furta lenius an gravius punienda. IV. Positiones quædam aliæ. V. Quatenus pœnitentia furti actionem tollat. VI. Furem præter pœnam corporalem, teneri condictione, licet res non extet, ut & ejus heredem.

NOn est integrum nobis recedere ab instituto, quod est, alibi dicta non repetere; * ideoque defunctis hac rubrica ad *Institutiones tit. 1. lib. 4.* remissio illuc facta loco expositionis erit.

In lege 18. *de Condict. furt. Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* Item, *qui jumenta sibi commodata longius duxerit, furtum facit. l. 40. h. t.* Negant hodie Pragmatici, talia commissa furti crimine censeri, ut probat auctoritate multa Groeneweglus ad *§. 6. & 7. I. de Obl. ex del.* Quid apud populos, qui jure civili utuntur, ut nostrates? Videtur hac parte mollities temporum cessisse veterum severitati; nec enim pro furtis habentur aut puniuntur, nisi major & exquisita detegatur improbitas. Plane quod ejusmodi facta creduntur hodie furti vitio exempta, fit inde opinor, quod Procuratores Generales nonnisi de ablationibus fraudulentis & gravioribus agunt: Privati vero in duplum vel in quadruplum nunquam agunt, sed condictione tantum in id quod interest, cujusmodi actiones nec speciem, neque titulum furti habent, etsi vera æstimatione talia furti vitio infecta sint. Plane ut recte dicas, furta quidem esse, verum furti actionem de illis non dari.

* Præter ea, quæ de furtis *supr. P. I. p. 355. 358. 359. 360. 361. 362. 363.* monita sunt, hoc loco operæ pretium est observare, (1) non obtinere ratione pœnæ differentiam inter furem diurnum & nocturnum, nec illum gladio, sed ordinaria furum pœna, affici, etiam Jure Saxon. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 78. n. 9.* Schilt. *adf. Ex. 49. th. 8. seq.* (2) furtum magnum, pro quo in Saxonia El. tantum habetur, quod 5. aureos excedit, *P. 4. C. 32. §.* Wenn einer. puniri laqueo, licet sit simplex, & prima tantum vice commissum, *d. C. §.* und soll. parvum autem, si 2½ aureos excedat, fustigatione, carcere vel multa, *d. C. §.* ferner. sine discrimine, sive prima sive tertia aut secunda vice commissum fuerit. (3) pœnam suspendii in fœmina æque ac in masculo obtinere. Land R. *l. 2. art. 13.* Carpzov. *P. 4. C. El. 38. def. 10.* (4) in furto non qualificato, pœnitentiam & satisfactionem ab ordinaria pœna liberare *d. C. 32. §. f.* add. Menck. *Tract. Syn. Instit. p. 130. seqq. Pandect. p. 616 seqq.* Berger. *El. Jur. Crim. p. 41. seqq.*

dari. Idem de plerisque furti usus, & possessionis speciebus, existimandum.

2. Credo ueu illam hodie subtilitatem probatum iri, qua is, qui partem ejus, quod totum tollere potuit, abstulit, vi contrectationis fur totius censetur, contra ac si totum tollere nequiverit, *l. 21. §. 8 h. t.* Quid enim, Furatus est aliquis e sacculo ducentorum Ducatonum duos, eritne fur duorum, an ducentorum? Credo duorum, nec amplius repetitur, nec aliter punietur. Imo dixerit aliquis: si animum spectes, certum est, eum, qui totum tollere potuit, plus quam sustulit, furari noluisse: Qui vero sumpsit quantum potuit, de cumulo non portabili, totum animo videri furatum, contra Ulpianum *in d. l. 21. §. 8.* At is magis ad corpus delicti, quam ad animum delinquentis respexit. Hoc autem respectu, absonum dictu est, furem esse totius, qui non potuit fur totius fieri, sicut nemo potest esse fur ejus, quod ferre non potuit. Quatenus vero tollere potuit, hactenus saltem terminos furti habiles adesse, apparet.

3. Paulus in *l. 89. b. Si Libertus Patrono, vel clienti, vel mercenarius ei qui eum conduxit, furtum fecit, furti actio non nascitur;* quia domestica furta mitius habenda sunt, *l. 11. §. 1. de Pœn.* Mirum qui factum sit, ut judicia nostri hominum seculi, tam e diametro Romanis adversentur. Nam hodie furta domestica severius, etiam capite puniuntur, ut testantur undique pragmatici, Grœneweg. *ad §. 12. I. de Obl. ex delict.* Carpz. *Prax crim. Part. 2. Qu. 82. num. 55.* etsi Elector Saxoniæ nullum discrimen inter domesticos & extraneos servari voluerit, ut ibidem Carpzovius *n. 56.* Utri rectius, mores an Leges, disceptat, non decidit A. Matthæus ad *tit. de Furt. c. 1. n. 2.* Forte nihil erres, si distinguendum putes inter officium Patrisfamilias & Judicis. De illo, videtur esse durum, ut homines domestica consuetudine devinctos, pater ipse familias severitati publicæ objiciat; præsertim si leviora sint commissa, quomodo sententiam Pauli Marcianus limitat in *l. 11. §. 1. de Pœn.* cui accedit, quod tales domestici plerumque novi sint facinorum, occasionibus abrepti, & emendationis capaces. Quin vidimus graves atque prudentes viros, qui famulos suos gravium quoque furtorum compertos, tamen illis parcere, suisque castigandos remittere, quam Judici tradere maluerunt. Ex adverso alias rigorem eorum, qui mercenarios suos furti compertos, severitati publicæ exposuerunt, vulgo improbatum meminimus. In Judice *qua tali,* magis valet hæc ratio Ciceronis, *Ea maxime peccata esse animadvertenda, quæ difficillime præcaventur. Orat. pro Rosc. Amer.* non esse autem ullis majorem furandi copiam, quam domesticis, res ipsa loquitur. Ac ita nostrates. Non habemus de Furto proprias Leges; Ideoque utimur jure civili hac etiam parte; sed perpetua jurisdictione receptum est, ut si furta domestica publice accusentur, aliquanto severius puniantur, secundum merita circumstantiarum; nunquam tamen ad mortem, vel abscissionem membri, *Nov. 134. c. ult.* sed inustione stigmatis, vel longiori exilio; Nam mortis pœnam in simplex furtum, nos quidem credimus rectæ rationi non minus, & juri divino, quam Romano adversam, ut pridem a nobis aliisque demonstratum; quicquid novissime in contrarium prolixe disputet Carpzovius *Part. 2. Pract. crimin. Cap. 77. n. 14. & seqq.*

4. Qui nummos e re sua, a fure vendita redactos, ei excussit, is furti tenetur, etsi animus lucrifaciendi abesse videatur, *l. 38. §. 2. de Nox. act.* nempe, si is postea contra furem instituat agere furti, *d. §. 2.* tunc enim non abesset animus lucrifaciendi. Sed hodie fur solus actioni erit obnoxius; Qui nummos excussit, nec criminaliter, cum vix deliquerit, neque civiliter tenetur; cum fur eo casu, nisi ipse jam litis æstimationem præstiterit, non habeat repetitionem.

Colonus ob fructus ereptos agit furti, quia interest ipsius, *l. 14. §. 2. b.* imo domino fundi datur actio, per *l. 60. §. 5. ff. Loc.* Sed dic, utrique actionem competere, *l. 82. §. 1. b.* idem de debitore & creditore propter pignus videtur, *l. 12. §. 2. b. t.*

Aliquando furti actionis, & condictionis vocabula confunduntur, ut videtur in *l. 9. pr.* junct. *§. 1. b. l. 9. D. de in lit. jur.*

Plures, qui simul delinquunt & furantur, omnes ad eandem pœnam, & quidem in solidum obligantur, *l. 21. §. 9. & l. 51. ad L. Aquil.* ut nec unius solutio reliquos liberet, *dd. ll.* quod de publica pœna verissimum, de condictione, quæ datur privatis, secus est, *per l. 57. de R. J.*

5. *Furti* peccato per *pœnitentiam nemo desinit esse nocens*, *l. 65. b.* Privatis tamen actio, quæ *Moribus* unice rei persecutoria est, post restitutionem a pœnitente fure factam, adimitur, *l. 54. §. 3. b.* Publica pœna non remittitur, nec ideo hunc casum inter eos, quibus cessat ordinaria furti pœna, referre necessum est, cum Carpzovio *Part.*

Part. 2. Prax. Crim. quaest. 80. n. 65. Nisi quatenus in universum merita circumstantiarum, poenam aliquando mitigari suadent. Alter, qui capitis poenam huic maleficio imposuerunt, qui ob poenitentiam in tempore demonstratam, *merito* de moderatione cogitant. Idem de Transactione a domino cum fure facta, de qua Carpz. *ibidem n. 80.* existimandum.

6. Sed quaeritur, an post corporalem furti poenam, agi possit adversus furem ejusve heredem ad repetendam rem oblatam; Poenam dupli vel quadrupli cessare, probavimus *ad Inst. sub fin.* Sed rei vindicationem vel condictionem furtivam cum actione poenali, seu pecuniaria sive extraordinaria corporali concurrere, nullum est dubium, *§. fin. I. de Obl. ex del. §. Ex maleficiis. 18. I. de Action. l. 1. de Privat. del.* A qua sententia juris Civilis cur recedendum sit, nulla reddi potest idonea ratio; cur poena, inquam, publica, rem suam vel rei suae pretium, is cujus interest, amittere debeat. Ideoque omnes fere Juris consultos in hac esse unanimi sententia, fatetur ipse dissentiens Carpzovius *part. 2. Crim. quaest. 80. num. 103. & 110.* Ipse ita distinguit, si res extet furtiva, datur vindicatio; si non extet, in id quod interest, non datur actio, *num. 108. & seqq.* Ratio Carpzovii haec est, *quod iniquissimum, durissimum & crudelitati proximum esset, ut fur ultra poenam mortis aut corporis adflictivam, damna quoque & interesse sarcire teneatur. Nec ullibi in jure universo cautum reperitur, ut Reus poenam mortis luat, & simul damna praestet ac bona sua amittat.* Plures habet rationes, sed ad jus Germanicum pertinentes. Quid autem a jure civili & a ratione est alienum, si hoc non est; neminem teneri ad poenam corporis adflictivam, & ad praestandum id quod interest? An poena delicti tollet rei persecutionem, quae tendit ad id quod interest? & tollet regulam juris civilis & naturae, quod turpia lucra sint heredibus extorquenda? Non est quidem duplici poena reus adficiendus; sed persecutio patrimonialis & vindictae nihil habent commune, nec invicem se tollere possunt, ut probatum *ad fin. tit. Instit. de Action.* Quomodo autem hoc fugit ἕρκος ὀδόντων Carpzovii, ut diceret, neminem simul mortis poenam pati & amittere bona? Quorsum igitur titulus *de bonis damnatorum?* Quod respondet *ad §. fin. Inst. de Obl. ex del. & §. ex maleficiis 18. I. de Action.* hoc ait esse verum jure civili duntaxat, quo fures poena mortis aut corporis adflictiva non adficiuntur. Nec corporali quidem poena? de morte concedimus; de corporali pernegamus. Quorsum enim subscribitur in crimen furti, ad extraordinariam animadversionem, oppositam poenae civili, *l. ult. de Privat. del. l. ult. de Furt.?* Non potest haec non esse corporalis poena. Verum est, raro his diebus agi ad damni persecutionem contra fures corpore punitos, quia fere sint inopes. Si vero in bonis habeant, nihil haerendum, quin damni praestatio corporis poenam comitari possit. Nescio tamen, an haec opinio Carpzovii non radices aliquas egerit in foro, ut in Curia nostra dubitatum viderim, an fur corporis poenam passus, etiam ad damnum atque impensas judicii damnandus esset; adfirmantibus quibusdam, id nunquam esse observatum. Sed casu incidente, quo fur seu peculator locuples, publice virgis caesus erat, non est haesitatum, quin etiam ad damnum resarciendum, & impensas litis teneretur. *In causa Procuratoris Generalis, contra Jan Fransen, ante ferias Pentecost. 1680.*

Tit. III.

De tigno juncto.

Lex XII. tabb. actionem de tigno juncto, in duplum dedit contra eum, qui tignum furtivum aedibus suis junxit, *l. 1. pr. h. & l. ult. eod.* quae tamen exicosa fuit adversus omnes, qui sine furto tignum junxerunt, ut liquet ex *l. 23. §. ult. de R. V. l. 7. §. 10. de A. R. D.* Placuit hoc in compensationem negatae rei vindicationis, ne domino injuria facta videatur, cum duplum ei salvum sit. Quia tamen plerumque res mobiles in alienis manibus existentes, vitio furti affectae sunt, ideo furtivi tigni mentio fit in *h. t.* & sic capienda *l. 63. de Don. int. V. & U.*

SCHOLIUM.

In qua (l. 63.) tignum furtivum non opponitur bona fide possesso, sed ei, quod sciente domino junctum est, adeoque sub se vi oppositionis omne tignum comprehendit, inscio domino aedibus junctum.

Caeterum, fur praeter actionem in duplum, tenetur

netur ad exhibendum in id quod interest, *l. 1. §. ult. h.* vel rei vindicatione, soluto ædificio, *l. ult. h.* quarum neutra datur contra B. F. possessorem, *§. 29. l. de A. R. D.*

TIT. IV.

Si is, qui testamento liber esse jussus erit.

SErvus, qui in testamento liber esse jussus est, si furtum rei hereditariæ fecerit, ex mera juris ratione non tenetur, quia nec ut servus potest puniri, propter spem imminentis libertatis; neque ut liber damnari, ob rationem in *l. 1. §. 1. h. t.* junct. *l. 68. de furt.* Ideo datur utilis actio in duplum adversus illum, quæ est annalis; *l. 1. pr.* quod si post aditam hereditatem res surrepta sit, tunc est actio furti ordinaria, *l. 1. §. 8. h.*

TIT. V.

Furti adversus naut. caup. stabularios.

HÆc actio in factum, datur in duplum, de furto in nave, caupona, stabulo, ab ipsis cauponibus vel ministris eorum, non a viatoribus facto. Ratio est in *l. un. §. ult. h. t.* quoniam viatores repellere non possunt, sc. regulariter & civiliter non, justa tamen ex causa suspicionis possunt. Sic cape sis *l. 1. §. 1. Naut. caup. stab.* ubi diximus; & ad *tit. l. de Quasi-delictis pag. 390. part. I.* Moribus hodiernis, non nisi in simplum ex hac causa agi, notum est, ex loco communi de pœnis actionum civilium sublatis.

TIT. VI.

Si familia furt. fecisse dicatur.

FAmilia hic est grex servorum sub ejusdem domini potestate. Furto ab his facto, non multiplicatur actio noxalis, sed Dominus, qui ignoravit scilicet, liberatur, solvendo quantum solvi deberet, si unus liber homo fecisset furtum, *l. 1. h. t.* quod si nolit, omnes servos dedere debet, *d. l. 1. pr.* De servis eorumque furtis *ὐδεὶς λόγος, quod ad mores attinet hodiernos scilicet.*

TIT. VII.

Arborum furtim cæsarum.

QVi arbores alienas furtim cæcidit, deglabravit, aut subsecuit, variis tenetur actionibus: I. Actione prætoria in duplum, *l. 7. §. ult. h.* II. Actione L. Aquil. III. Actione ex L. XII. Tabb. *l. 1. h.* IV. Furti actione. V. Condictione furtiva. VI. Actione ad exhibendum, *l. 8. §. 2. h.* VII. Actione locati, *l. 9.* VIII. Interdicto quod vi aut clam, *l. 11. h.* IX. Coercitione extraordinaria, *l. 2.* Qualis autem hic sit concursus, judicandum ex doctrina generali, quam habes ad *Tit. Inst. de Action. n. 40. p. 424.* item ex *l. 1 inf. l. 9. inf. & l. 11. h. t.* Hujus rubricæ propria, est actio prætoria in duplum, quæ datur ei, qui dominium, sive directum sive utile habet, *l. 5. §. fin. hic.* licet fundum vendiderit, *l. ult. eod.* Non datur fructuario, *d. l. 5. §. pen.* datur hæredi, cæterisque successoribus, non in heredem, *l. 7. §. pen. h.* Si plures deliquerint, cum singulis in solidum agetur, *l. 6. in pr. hic.* Gentes aliæ suas habent pœnas; quarum varias recensuit Schilter. *Ex. 49 §. 17. & seqq.* Nostrates * habent mulctam XII. florenorum *primo*, Viginti quatuor *secundo*, Quadraginta *tertium*, præter arbitrariam coercitionem. De mulcta, parentes pro liberis tenentur, *Lib. 2. Stat. tit. 4.*

* Jure Saxon. Electorali, qui arbores frugiferas cecidit, inutilesve reddidit, præter earum æstimationem, pro singulis 30. solidos, sive duas sexagenas antiquas, præstat, quam multam si solvere nequeat, carcere punitur, ac si grave damnum dolo malo dederit, relegatione etiam vel fustigatione coercetur. *P. 4. C. El. 37.* Quisquis vero furandi animo ligna cecidit, is ordinaria furum pœna afficitur, *d. C. §.* und diejenigen. etiam suspendio secundum Coler. *dec. 144. n. 24.* Berl. *p. 5. C. 52. n. 54.* conf. Berger. *El. Jur. Crim. p. 57. seqq.* Schœpffer *ad ff. Tit. arbor. Furt. cas. num. 6. sqq.*

TIT.

TIT. VIII.

De Vi bonorum raptorum.

I. Remissio, & quibus actionibus Raptor teneatur. II. Quæ sit pœna grassatorum. III. Et Rapinam hujus tit. esse diversi generis.

Rubrica duo indicat delicta, Rapinam, & damnum in Turba datum; de priore dictum quod satis sit, *ad tit. Instit. ejusdem rubricæ.* Possunt etiam raptores aliis actionibus conveniri, tam civilibus, ut lege Aquilia, condictione furti, rei vindicatione, aliisque condictionibus, *l. 2. §. pen. h. l. 7. & l. 4. C. Fin. regund.* quam criminalibus, *t. ff. & C. ad L. Jul. de vi priv. & L. Jul. de vi publ.* Multum interest, quod ad pœnam attinet extraordinariam, data quis opera, ac in Itineribus, an data occasione litis, subitave cupiditate rapuerit. Primum genus est grassatorum, qui proximi latronibus habentur, & si ferro sint usi, ac sæpius id fecerint, capite puniuntur; reliqui in metallum dantur, vel in insulas deportantur, *l. 28. §. 10. de Pœn.* cujus pœnæ proportionem heic locorum sequimur. Altius intonat Carpzovius, * *Regulam*, inquit, *generalem ponere non dubito; Omnis Raptor sive Prædator, qui homines vi aggreditur manuque violenta spoliat, gladio puniri, ejusque cadaver facta executione, Rotæ imponi debet, Pr. Crim part. 2. Qu. 90. n. 12. et si tantummodo semel in vita rapinam commiserit, n. 22.* Excessit medicina modum! liceat ἐπιχέιρειν. *Et quidem famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt,* furca figendos esse, ** respondet Callistratus in *d. l. 28. §. 15. de Pœnis, ut conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & adfinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo Latrones homicidia fecissent.* Sed latrones a grassatoribus, qui sunt raptores viarum, differunt, eo quod hi prædæ causa tantum rapiunt, Latrones etiam homines interficiunt, *d. l. 28. §. 13.* Non est tamen negandum, Raptores, qui hoc quasi artificium exerceant, ut evadant grassatores, recte capitis supplicio adfici, idque moribus nostris, nec non bono publico esse consentaneum.

2. Verum in hoc titulo, de his potissimum, qui occasione jurgii, petulantiæ aut insolentiæ, cui tamen alieni cupiditas & lucri faciendi studium adsit, rapuerunt, agi videtur. Nam de atrocioribus agitur ad titulum *de Vi utraque, de Effractoribus,* & alibi. Ad rapinam hujus loci pertinet, quod in *l. 3. C. de Vi bon. rapt.* legimus, eum, qui res sibi obligatas eripuit debitori, esse raptorem, & de vi bonorum raptorum in quadruplum teneri. Atqui tales nun videri esse raptores, sed tantum jure suo cadere, didicimus ad *tit. Inst. de vi bon. rapt.* Sed revera non agitur in *§. 1. d. tit.* nisi de his, qui res suas rapuerunt, qui autem res sibi duntaxat obligatas rapuerunt, magis est ut veri sint raptores, *d. l. 3.* Imo idem, dices, de credito rebusque debitis traditur, ut in *l. 12. §. f. & l. 13. D. Quod met. c.* At non videtur hoc de vi ablativa, quæ raptorem facit, sed de vi compulsiva, quæ locum faciat edicto Quod metus causa, intelligendum. Sane quod auctor vis factæ in *d. l. 13.* jactura crediti non defungatur, sed etiam in Legem Juliam de vi incidat, in *d. l. 12. §. ult.* expressum est. Verum quid si debitor, pacto, quod vocant, executivo, creditori potestatem fecerit, rem alii obligatam quovis loco apprehendendi, debitor autem Creditori rem apprehendenti, restiterit, ac ita Creditor eam rem per vim abstulerit?

* Hæc tamen Carpzovii sententia legibus Saxoniæ satis convenit. vid. LR. *l. 2. art. 13. P. 4. C. El. 35. §. f.* quæ grassatoribus pœnam gladii dictitat. Quod vero cadavera reorum rotæ imponantur, id licet dd. legibus expressum non deprehendatur, diuturna tamen receptum est observantia. Carpz. *Pr. Crim. qu. 90. n. 12. sq.* Id. *P. 4. C. El. 35. def. 1.* Sicuti vero hoc supplicium non mitigatur, licet prima vice commissum fuerit, Carpzov. *d. l. n. 21.* ita nec augetur pœna, ob crimen iteratum. Berger. *Elect. Crim. p. 65.*

** Latrones apud nos, crimine consummato, vivi rota contunduntur. *P. 4. C. El. 5. C. El. 35. §. f.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 90. n. 61. sq.* licet latrocinium non in via publica, sed privatis ædibus commissum fuerit. *d. C. 5.* Carpz. *l. c. n. 22.* imo quamvis nullum lucrum ex cæde ad latronem pervenerit, cum spe lucri facta occisio ad ordinariam pœnam sufficiat. id. *ad. P. 4. C. El. 5. d. 5.* Ob iterationem hujus delicti exasperatio pœnæ accedit, ut latro candentibus forcipibus aduratur juxta numerum hominum occisorum, *O. Crim. art. 130. & 137.* Berger. *El. Jur. Crim. p. 1. 5. j.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 23. n. 52. seqq.* contra homicidio non consummato, gladii pœna ponderatis circumstantiis obtinet, cui, si spolitatio jam facta sit, accedit impositio cadaveris in rotam. Carpzov. *l. c. qu. 22. n. 77.*

rit? Adhuc Raptor esse videtur, quia jus illud prehensionis ex conventione permissum, cis vim violentam consistere debet, *d. l. 3. & l. 176. de R. J. A.* Matth. *de Crim. h. t. n. 3.*

3. Cæterum, Quadrupli pœnam non esse in usu hodie, tam de Rapina, quam de turba, non est quod moneatur. Habebimus locum communem *ad tit. de pœnis*; Jure civili de turba sic est: Si quis sine vi, at hominibus data opera coactis, damnum dederit, vel homines coegerit, alio dante damnum, aut inter eos fuerit, hoc edicto punitur in quadruplum, *l. 2. in pr. §. 9. & seqq. h. t.* Sed damnum sine vi in turba, non studio ad id coacta, datum, duplo cis annum punitur, post annum simplo, *l. 4. in pr. & §. 6. eod.* Rapina ubique est quadrupli, sive unus, sive cum aliis fecerit, *dd. ll.* Est autem turba, circiter decem hominum aut plurium, *d. l. 4. §. 3.*

TIT. IX.

De Incendio, ruina, rate, nave expugnata.

I. Actio hujus tituli. II. Pœna incendiariorum. III. Extraordinaria pœna illorum, qui ex incendio, ruina, vel nave rapiunt aut furantur.

PRoprie quidem non agitur hoc titulo, de crimine perpetrati Incendii, vel ruinæ effectæ vel navis expugnatæ, sed de pœna eorum, qui aliquid ex incendio, ruina, naufragio, vel expugnata nave rapuerunt, receperunt, damnumve dederunt. *Rapuere*, per vim; *Recepere*, vel ab aliis dolo malo, vel ipsi amoverunt, *l. 3. §. 3. & 4. h.* aut alias damnum, etiam sine vi dederunt; omnes in quadruplum tenentur, *l. 2. pr. h. t.*

2. Et hoc quidem hujus tituli proprium argumentum est. Obiter tamen etiam de criminum executionibus horum facinorum agitur, *l. 1. §. 1.* Qui sciens prudensque incendium fecerit, vinctus, verberatus, igne necari jubetur, *l. 9. h.* aut feris bestiis objicitur, *l. ult. §. 1.* nisi quod honestiores capite simpliciter puniuntur. Constitutione Carolina supplicium ignis injunctum est, *art. 125.* Apud nos strangulantur ad palum, & mortui torrentur duntaxat; idque etsi honesti sint, ut decretum vidimus in hominem cognatione & affinitate non e vulgo, qui ex odio adversus Collumanos, cum metu hostium pagum suum reliquissent, incendium in eo fecerat anno 1672. Nec mitiganda pœna, licet ædes propriæ fuerunt, Carpz. *c. l. part. 1. Qu. 38. n. 46.* quod limitandum videtur, si aliis vicinæ, non si loco solo constitutæ fuerint; quo casu extra ordinem puniendi forent, sed & lata culpa non impunita est, *l. 13.* Quo pertinet, quod civitates quædam, eo quod incendia plerumque inhabitantium culpa fiunt, *l. 3. de off. præf. vigil.* mulctam habent statutam in eos, apud quos incendia fiunt. Civiliter sane ex Lege Aquilia, a domino contra culpæ reos agi posse, diximus ad *tit. de Lege Aquil.*

3. De pœna extraordinaria in eos, qui ex incendio, ruina, vel naufragio rapuerunt, abstulerunt, Antoninus Imp. ita; Plurimum interest, peritura collegerint, an quæ servari possint, flagitiose invaserint. Ideoque si gravior præda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis: aut si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis: Si non magnæ pecuniæ res fuerint, fustibus cæsos dimittere poteris, & omnino, ut in cæteris, personarum conditiones & rerum qualitates diligenter æstimandæ sunt, *l. 4. §. 1. h. t.* Expugnatio ipsa, ratis aut navis, ad vim *publicam* pertinet, de cujus pœna videbimus ad *titulum* ejus prædicamenti.

TIT. X.

De injuriis.

I. Remissio. Injurias nimis leves non esse in judicio admittendas. II. Convicii significatio ad hunc usum. III. De injuriarum in Magistratus actione. IV. Et de actione, quæ datur Magistratibus. V. Quomodo injuriæ æstimentur, ubi de jure Frisico hac parte. VI. Quibus ex causis pœnæ Statuti augeantur. VII. De Recantatione injuriæ verbalis. VIII. De extraordinaria criminali pœna.

HUic Rubricæ prolixe satisfecimus *ad Institut.* Ideoque selecta quædam ad usum pertinentia collocabimus. Nusquam Jurisprudentia magis a philosophia, loquor etiam maxime de Christiana, quam in vindicandis injuriis discrepat. Quæ enim hæc alto animo sperni jubet, illa serio per-

persequitur, & custodiendæ paci in populo, qui non capit philosophiam, persequi debet; sic tamen, ut judicis officium sit, præcidere ineptiarum querelas, cujusmodi hæc; Objectum erat convitium alicui, *quod porcum interfecisset*. Probato convitio, sed non probata cæde porci, Judex inferior reum condemnaverat; A Curia suprema appellans absolutus est, quia ne vulgi quidem judicio pertinet ea res ad infamiam, etsi in multis Germaniæ locis indignior de cædibus animalium sit hominum opinio, *d.5. Nov.1680*. Alius a mercatore quodam in solutum nummos, ut ajebat, improbos acceperat, etsi non probarat. Habens in manu ejusmodi nummos, in cœtu dixerat, *tales nummos cudit ille*; qui cum inde quasi falsæ monetæ cusæ insimulatus ageret, non auditus est; *ante ferias natalit.1679*. Sed probans quod alter adjecerat, quatenus Creditores ad ipsum accederent, solitum esse abscondere se in penuario; cum hoc ad fidem mercatoris minuendam spectaret, obtinuit, *eadem feria*. De vitiis corporis objectis, non facile dabitur actio, nisi valde odiosæ sint circumstantiæ; ut recte contra communem sententiam statuit A. Matthæ. *ad h. tit. c. 1. num.3.* quod multo magis de bonis corporis dotibus adfirmandum, nisi & hic asperior morsus latitet. Hinc absurdum non est, agi, si mulieri ut convitium objiciatur, quod bella vel pulchella sit, quando & virum nobilem obtinuisse condemnationem invenio contra eum, qui vernacule eum inter alia, per contemptum appellaverat *pulchellum*, moye Douwe, *Dominicus ab H. Prætor B. contra Rembertum Wijtama, d. 15 Jul. 1636*. Quid si quod revera laudabile, convitiandi animo sit objectum? si tale sit, ut vulgo probri loco haberi queat, actio dari potest, si ad animum revocetur: secus si male audiens conscientia fretus, id ita, sicut est, accipiat, ut apud Euripidem senex ad Menelaum, *Iphig. in Aul. vers.304*.

Καλόν γε μοί τ' ὄνειδος ἐξονείδισας.

Probrum est honestum, rex, quod exprobras mihi.

Quin talia, quæ cordati homines rident, si aliter vulgus sentiat, objecta contemptus ergo, ad actionem sufficere possunt. Matrona quædam dixerat, *Sejus vir bonus est, sed optandum foret, uti ne esset ex familia, quæ spectra edit. Uit het Spokers Geslachte.* Nihil vanius aut stultius, sed plebecula male opinatur ex ejusmodi rumoribus. Septendecim homines ejusdem familiæ, totidem instantiis, infestis animis egerunt injuriarum, apud inferius & supremum tribunal, ingenti agmine testium & immenso sumptu: Curia dictum pro injuria habuit, adstricto familiæ vocabulo respectu patris & matris duntaxat, reliquos exclusit, *in causa Gerrit Gosses cum soc. contra A. B.1680*.

2. Ait Prætor, Qui *adversus bonos mores convitium fecerit & c. l. 15. §. 2. h. t.* Convitium Ulpianus ita interpretatur, quod in cœtu factum sit, §.4. *& seqq.* cui opponit maledictum, si dictum infamandi causa probetur, *§. 12. d. l. 15.* Non est dubium tamen, quin & de eo detur actio, *l. 9. C. h. t.* si vere dictum sit *infamandi causa, d. l. 15. §. 12. & l. 9.* Nec enim qui secreto sermone aliquid de Tertio, quod vere ad infamiam pertinet, dixerit, injuriarum tenetur, ut recte monet Tuldenus ad *d. tit. C. n. 9.*

3. *Nec Magistratibus licet aliquid injuriose facere. Si quid igitur per injuriam fecerit Magistratus, vel quasi privatus*, vel fiducia *Magistratus, injuriarum potest conveniri, l. 32. h. t.* ut tamen, quod Reip. venerandæ causa secundum bonos mores fit, etiam si ad contumeliam alicujus pertineat, actione injuriarum non teneatur, *l. 33.* Hoc in singulis magistratibus, quales erant Romani, expeditius est, quam in collegiis, pariter imperium & jurisdictionem exercentibus. Namque de singulis, minores Romæ statim vocari poterant, majores, ubi magistratu abiissent, *d. l. 32.* De collegiis, singuli indistincte & in continenti recte conveniuntur hodie. Tota Collegia si quidem suprema sint, nunquam hodie conveniri possunt, quia nunquam abeunt imperio; Sed inferiora quominus de jure vocentur, juris ratio non obstat, etsi rarius ac insolentius fit. In quadam civitate Frisiæ, paterfamilias hereditatem quandam officio Commissarii Curiæ Supremæ administrari voluerat, præterito Magistratuum in eadem urbe Collegio. Quod propterea offensum, cum idem minus reverenter de jurisdictione eorum locutus diceretur, hominem ex ædibus suis per Lictores semivestitum rapi ac interdiu per mediam urbem duci jusserat, atque mulctarat. Is præter appellationem a mulcta, injuriarum adversus Magistratus suos actionem postulabat. Exceptio ab his opposita, quod civis in Magistratus suos ratione officii hac actione non possit experiri, improbata est *arg. d. l. 32.* quod memini, anno 1681.

4. Sed an Magistratus ipsimet injuriam sibi in officio illatam æstimare, mulctamque sibimet applicare possunt? Non posse, statuendum videtur

 per

per regulam generalem, quod nemo Judex in propria causa esse queat, *l. un. D. Ne quis in sua caus. jud.* Atque ita Curiæ Nostræ meo tempore visum, in causa Magistratus cujusdam in Frisia Civitatis, a priore diversæ, quæ mulierem propterea, quod dixerat, Præsidem & scribam civitatis male complexos esse responsionem a se in causa civili factam, condemnaverat in certam pecuniæ summam pro singulis & omnibus collegii membris, quasi injuria per latus præsidis, omnibus facta. Cum hæc mulcta esset infra summam Appellationis, quæ suspendit executionem sententiæ, & mulier appellasset, Magistratus executionem nihilominus urgebat. Sed per libellum supplicem, re exposita auditisque Magistratibus, Curia rescripsit, *executione abstinendum*: propterea quod appareret hanc esse *nullitatem*, quod ipsi pro se commodoque pecuniario sibi applicando judicassent: tametsi factum ad illos *in officio* spectare videretur. Etsi enim Magistratus nonnunquam injurias contra se commissas, si evidentes & graves sint, arbitraria pœna publico applicanda, sine processu litis etiam, condemnare possint, tamen si minus evidens, aut modica sit, non nisi causa cognita rem judicare, neque pecuniam sibimet applicare possunt, qua de re Gailius *1. obs. 39.* & Carpzov. *part. 2. crim. Qu. 94. num. 84.* A Judicibus etiam inferioribus semper appellandi facultas dari intelligitur, ut *inferius suo loco* videbimus.

5. Actiones injuriarum variæ sunt. Prima ex jure Prætorio, & altera ex lege Cornelia, de quibus *ad Inst.* actum abunde; ubi nec obliti sumus, his diebus æstimationes in iis locis, ubi certæ pœnæ singulis injuriarum speciebus impositæ sunt, non ita habere locum; etsi in aliis hodieque usurpantur, ut docet Carpzovius *d. l. part. 2. Quæst. 95.* Nos de æstimatione Legali, quam nostrates observant, egimus in *Jurispr. hodiern. lib. 3. cap. 9. part. 2.* & pauca ad eundem *Tit. Inst. de Injur.* Discrimen personarum æque secundum talia Statuta, duplo quadruplove summæ præscriptæ prosequuntur, potius quam infinitis æstimationibus, ut alibi ac in Anglia de *scandalo magnatum* pridem intelleximus, quod merito inter capita Reformationis novissimæ relatum intelleximus. Nostrates singulas verbales injurias æstimant octo florenis aureis, qui singuli dimidium imperialem & trinos faciunt sestertios; nisi probrum objiciatur, quod si verum esset, corporali pœnæ τὸν ἠδικημένον subjectum redderet, id dimidio *Wergeldio*, quod nostri explicant, *een halfmans boete*, æstimatur, scilicet in judicio objectum, & non probatum, *t. Stat. 2. art. 1.* quod non posse extendi ad casum, quo facta sit exprobratio extra judicium, licet judice aliquo præsente, manifestum videtur, idque satis probant rationes a Sandio adductæ *lib. 4. tit. 4. def. 8.* etsi aliter judicatum referat. Realis injuriæ similiter habemus æstimationes accuratas, secundum singula vulnerum genera, quibus Legislator Aquiliæ & Corneliæ Legi pariter satisfecisse videtur, ut jam monuimus ad *tit. de L. Aquil. num. 10.* nisi quis dicat, eas mulctas supponere dolum, *arg. rubricæ*, quæ est de Injuriis: si dolus absit, non nisi ad æstimationem ejus quod interest, agi posse, ut proposuimus *part. 2. Jurispr. Hod. lib. 3. cap. 9. num. 21.* Omnia recensere non est hujus loci. Hoc de omnibus tenendum, nimis profecto modicas videri mulctas; Quid enim? Colaphum pati cogor pro tribus florenis Carolinis, hoc est, imperiali thalero & quinta parte. Capillos evelli, sanguinem plagis mitti, pro sex Carolinis, Auxerunt hoc Ordines nostri ad duodecim, decreto *20. Febr. 1652.* Nec sic quidem pro rei momento; nisi hoc subveniret, quod pro ratione loci & personarum, aliquando & facti, in duplum fit condemnatio, Ita ut duplum ratione loci, cum duplo respectu personarum conjunctum sæpe fiat quadruplum, *d. tit. 2. art. 3. & 23. & seqq.*

Loci ratione, duplum præstatur, quando aliquis injuria affectus est *domi suæ, in platea publica, quando ad templum vel e templo procedit, ad judicium aut ad forum, vel in judicio stat. In templo, vel in cæmeterio, aut in tabernaculo quadruplum, nisi tabernaculum simul sit diversorium, art. 27.* Ad locum etiam pertinet, *si quis agricolæ in opere occupato, dum arat, serit, metit, vel fructus colligit, injuriam faciat, aut his, qui dant operam aggeribus & cataractis reficiendis, art. 26.* Quid per *domum* intelligatur, habuimus *ad tit. de Judiciis, pag. 724. n. 43. part. præced.* Non videtur tamen heic loci domus esse tantum, ubi quis larem fixum, & tabulas habet, suarumque rerum universam constitutionem, ut in doctrina Fori competentis, *l. 203. de V. S. l. 1. §. 2. de Agnosc. lib.* sed etiam prætoria, & recessus temporarii in agris; Heic enim non sedes universa fortunarum, sed hæc ratio spectatur, quod domus cuique refugium sit, *l. 18. de In jus voc.* Hinc etiam, si quis in nave degat, ut nautæ peregrini, idem juris, esse putat Tiraquellus *de Retract. gl. 7. §. -- n. 87.* & vult ratio Petr. Fab. *ad l. 203. de V. S.* Quid si in

si in vestibulari porticu, juxta plateam apertam fiat? Idem esse juris, censet Herbaj. *not. ad d. art. 23. arg. l. 12. §. Papinianus 23. de Instrum. leg.* ubi de prothyro; sed hoc ibi velum est januæ prætextum, non porticus, aut vestibularium: Verum Sandius in *not. MS. ad eund. art.* refert idem judicatum, de solo περιχώρῳ ædibus rusticis circumjecto; vulgo *een Hiem* vel *Heim*, nam & in eo cuique Patrifamilias esse creditur refugium, in causa *Aert Dircks* contra *Jan Gabes, die ult. Maji 1636.*

Ait Statutum, *op der Straten, als hy tot of van de Kercke, ten Gerechte, of ter Merke gaet:* Hæc ultima verba restringere vocabulum *strate*, plateæ, censuit olim Curia, teste Herbajo ad *d. §. 25.* Postea sæpe visum est, sequentia verba exempli causa insignioris adjecta, duplumque deberi, hoc ipso, quod in platea dictum factumve esset: in causa *Dominici ab Hontinga*, contra *Rembertum Wyttema, 14. Jul. 1636.* Quin etiam via publica agrorum plateis adæquata est, in causa *A. B.* contra *G. B. Worcumanum*, qui dum curru prætervehebatur, flagello ex lascivia collo Virginis prætereuntis circumjecto, aliquantisper illam protraxerat. Injuria duplo æstimata est, atque omnino septuaginta Carolinis. Sed hoc singulare est, quod Cauponi, ab hospitibus injuria in ædibus suis facta simplo duntaxat æstimatur, ut Curiæ visum, in causa *Jelle Gotter, contra Arjen Jacobs. d 16. Mart. 1619.* ut *D. Saekma* testatur *ad eund. art.* Ratio videtur, quia diversorium est domus quasi publica, & cum hospitibus communis, tum quia Cauponum officium est, lites evitare & sedare, *l. 2. Stat. tit. 1. art. 3.* Adde, quod plerique sunt homines nauci, qui propter duplum injurias facile subirent. Et tamen in *tabernaculo*, quod vicem diversorii præbet, vel ubi potus venditur, æque duplum ac in aliis domibus præstatur, *d. art. 24. in fin.* quia tabernacula in nundinis, quæ maxime liberæ esse debent, extra ordinem habentur. Certe etiam Caupones, ab aliis quam hospitibus suis infestati, jus Domuum suarum non secus ac alii, exequi posse videntur.

Personæ, quibus duplum debetur, enumerantur *in art. d. 23. Nobiles, pastores, judices, viatores publici, mulieres ofte matronæ, & virgines: Prægnantibus quadruplum debetur.* Solemus dicere, statuta stricte explicanda esse; quod est verum de his, qu bus juri communi, quod alicubi receptum est, derogatur. Sed quominus novarum rerum Statuta, sicut Leges solent, explicentur, & per consequentias rationum extendantur, nihil impedimento est; quod heic eo magis faciendum, quia personarum conditiones, post initium Statuti illius, non parum mutatæ sunt. Pro nobilibus igitur habentur non tantum, qui jus hoc a Cæsaribus aut Regibus acceperunt, sed omnes, quos ex præcipuis familiis, in quibus summi honores Reipubl. fuerunt, ortos esse constat. Pastoribus adæquandi sunt Professores, qui tunc in Frisia non fuerunt, & Doctores, quotquot amplitudinem nominis illius non dedecorant: quo Judices animum inprimis advertunt, adeo ut meminerim, Doctoribus aliquando negatum duplum & Notariis egregiis addictum fuisse.

Sub judicibus continentur omnes Magistratus, non modo qui in præsenti gerunt honorem, sed etiam qui gesserunt, ut servat usus, multo magis Delegati ad comitia; non tamen hi, qui antea fuerunt, ut judicatum scio. Secretarios quoque judiciorum, Judicibus accenseri, pridem Curiæ placuit, in *causa Petri Matthæi* contra *Wybe Wybes, ante ferias O. S. 1625.* Proinde sine dubio Adsessores Prætorum, qui sunt vere judices. De Juratis sive decurionibus urbium olim placuit, iis duplum non deberi, in causa *Schelte Cornelis* contra *Tjepke Hendriks, ante ferias Pasch. 1620.* Putem & heic valiturum, quanti sint pretii meritique personalis, quod in hoc genere dubiorum plurimum valet. Juxta viatores publicos, intelliguntur & Executores, paresque judiciorum Administri, non modo dum occupati sunt in exercitio munerum suorum, sed ubicunque pro talibus agnoscuntur, & quidem viatores, si modo insignia, quibus distinguuntur, portent. At vero non creditur illis de injuria, si non probent, nisi quod in executione sui muneris male habiti, per unum testem fidem faciant, nec enim soli vel tum merentur fidem, in re non habente necessariam ad munus suum relationem, ut censet Rebuff. in *l. prohibitum. pr. C. de jur. fisci.* Herbaj. *ad d. art. 23.*

Sequuntur in Statuto, *Vrouwen ofte Matronen*, de quo articulo dictum aliquid ad *Inst. pag. 381.* Obtinuit autem, ut particula *ofte*, sit exegetica pro *sive*, non disjunctiva pro *aut*, ut non qualibet mulieres, sed eminentiores, quibus usu vernaculo vox matronarum tribuitur, duplum consequantur. Quod rursus judicum arbitrio subjectum varie æstimatur, nisi quod hoc satis constet, uxores virorum, quibus duplum non debetur, nec ipsas duplum adipisci: Adeoque nec uxoribus Procuratorum, ut judicatum est in *causa Nicolai Jacobi*

Jacobi contra *Bartolum Wilbelmi*, *d. 19. Martii 1619.* secus ac Advocatorum; ut judicatum in causa *Agathæ de Velsen* contra *Drem Hartium, ante ferias O. S. 1629.* Nec tamen quorum viris duplum datur, eorum semper uxoribus æque conceditur, non utique viatorum & apparitorum uxoribus, de quibus dictum. Per eandem placuit olim, vocabulo *jonge Dochters*, non esse audiendas quaslibet virgines, non sane ancillas, aut viles puellas, ut judicatum est in causa *Aris Dirks* contra *Jan Jacobs, d. ult. Maji 1636.* Sed matronarum filias, ut notat Sandius MS. ad *d. l. art. 23.* quod tamen nescio, an semper ita servatum sit. Nam puellæ in via publica ex plaustro violatæ, quæ vilis erat, ut modo relatum, ex sua quoque persona, duplum adjudicatum est, post & supra duplicationem loci. Nam hoc generaliter verum est, duplum ratione loci, adhuc conduplicari duplo, quod respectu personarum debetur, ut judicatum in causis supra dictis contra *Hartium* & *Rembertum Wyttama*, & sæpe deinceps; quin si quis initium pugnæ fecerit, is insuper alio duplo mulctatur, ut in *art. 3. d. tit.* indicatur. Hoc autem notabile, quod hi, quibus duplum ob injuriam ipsis illatam debetur, æque duplum præstent his, quibus ipsi fecerint injurias, etsi personæ fuerint simplariæ, *d. tit. art. 28. arg. tit. Quod quisque jur. in alt.* Ac ita fit, ut aliquis ex adversarii persona lucrum capiat, ut in *l. ult. C. de Fruct. & lit. exp.*

6. Tertia est actio criminalis extraordinaria, per quam humiliores fustibus subjiciuntur. Cæteri autem vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei coërcentur, *l. ult. h. t.* ut cum ex ordine Decurionum removeantur atrocis injuriæ convicti, *l. 40. h.* adde *l. 43. eod.* Quæ autem ubique recepta est, * ad παλινῳδίαν, sive recantationem solennemque revocationem, pro criminali non habetur, cum ad id quod interest partis læsæ, propius accedat, ut notum ex usu Cameræ Spirensis, & rationibus Gailii *1. obs. 65. n. 1.* Mynsing. *cent. 2. obs. 98. n 1.* Vultej. *Jurispr. Rom. c. 29. n. 53.* Moller. *1. Semestr. c. 23. in pr.* qui tamen de jure Saxonico negat, quo ipso contrarium tenet Carpzov. *d part. 2. Crim. qu. 94. n. 50 55. & seqq.* Idem nostratibus videtur, qui idcirco Procuratori Generali ad palinodiam concludenti, non addicunt hoc postulatum, ut patuit insigni exemplo. *Hesselius Wingerus, Scriba Secretarius in Barradeel*, calumniatus erat D Johannem a Sande, τὸν πάνυ Supremæ Curiæ Senatorem, quod in quodam conventu amicorum Quæstoris Bootsama, sui affinis Peculatus rei, conatus esset testem pecunia corrumpere non modica, decem millibus florenorum, quam enormem calumniam nullo modo probare poterat. Sandius ipse noluit agere, ne quid irascendo agnovisse videretur; Sed Procurator Generalis Wringerum accusavit, postulavitque inter alia, ut solenniter revocare cogeretur: quod si unquam, maxime in ea causa fieri debuisset; sed judicatum est, ejus pœnæ exactionem, ad officium Procuratoris Generalis non pertinere, sed a Sandio ipso petendam fuisse. Reus ab officio, quod habebat, remotus est, nihil ultra, cum expensis, *d. 14. Febr. 1637.* Plane sicut palinodiam a Jure Romano alienam esse constat, ita nescio an in Foro nostro stabili unquam stylo recepta fuerit. Exempli nullius unquam memini; & meo tempore cum Stavoriensis civis infanda quædam de virgine honesta sparsisset, ac revocatio valde urgeretur, decreta tamen non est; sed vetustiores Domini illam non esse in usu, declarabant. Etsi verum est, eam in conclusionibus libellorum adhucdum semper adjici, more germanico *eerlyk en profytelik: Eerlyk mits doende revocatie &c.* quod ita quidem formulariis libellis inseritur, sed a judicibus silentio semper omittitur, atque ita etiam hactenus jure civili stare videmur. Olim tamen revocationem decretam invenio in causa matrimoniali, cum quis adfirmaret, mulierem sponsalia secum contraxisse adhuc in ipsa lite, neque probare posset; in causa *Wolter Hendriks* contra *Pijter Cornelis. 3. Jul. 1606.* ut D. Saekma testatur; quod deinceps in similibus causis nunquam memini observatum.

7. Non æque in eo jus civile sequimur, quod infamiam ex injuriæ condemnatione oriri non credimus, secus ac alii de suis moribus adhuc testantur, ut Carpzov. *d. Quæst. 94. n. 86. & seqq.* secundum claros juris textus, *l. 1. vers. injuriam &*

* Operæ pretium erit contulisse, quæ Ill. Thomasius in *Observationibus variis Theoretico-Practicis, de Actione Injuriarum* Dissertatione Halæ 1715. edita, de Origine & Natura hujus Actionis *§. 19 seqq.* commentatur. Sublata autem hæc ad Palinodiam actio, cum aliis injuriarum vindicandarum Remediis, *in dem erneuerten und geschärften Mandat wider die Selbst-Rache*, A. 1712. a Serenissimo Rege promulgato, *§. 22.* idoneum potius visum est, homines sub honoris tuendi specie ad injurias inferendas pronos, Palinodia, & deprecatione, ut pœna minus honorifica, coercere. *v. §. 3. & §. 8.* ej. edicti.

l. 4.

l. 4. §. ult. de His qui not. inf. l. 5. §. 9. l. 40. l. 42. de injur. l. 18. C. Ex quib. cauſ. inf. Quamvis enim Sandius & Herbajus noſter, *alicubi* mentionem obiter faciant infamiæ ex injuriarum actionibus, magis tamen id ex juris civilis ſententia, quam uſu forenſi dictum videtur: quandoquidem res clara & indubitata eſt, injuriarum condemnatos, etſi non levium, & ſine numero, nullis infamiæ effectis haberi obnoxios, nec in dignitatibus obeundis, nec in teſtimoniis perhibendis: niſi forte publica corporali pœna fuerint adfecti; ne ipſum quidem *Iſtum* atrociſſimæ in Sandium injuriæ convictum, & ab officio ſuo remotum, alias habitum vidimus infamem, ſed nec dignitatibus quidem deinceps prohibitum cognovimus. Unde hoc? dixerit aliquis. Eo quod nunc ſemper lites per Procuratores adminiſtrantur: atque condemnatus in perſona procuratoris, adverſus quem ſententia fertur, non fit infamis, jure civili, *l. 6. §. 2. l. 14. de His qui not. inf.* Sed primo id ſubtilitati juris potius, quam rei momento veritatique adſcribendum: Et dein, longe aliam eſſe noſtrorum in judicio Procuratorum, quam fuit apud Romanos rationem, ſæpe demonſtratum eſt. Illi fiebant domini litium, Adverſus illos ut tales ferebatur ſententia; Noſtri procuratores publici, ſunt miniſtri, non domini Litium, contra quos adeo nec aliter ſententia fertur, ut *ad tit. de Re judic.* probatum eſt. Et ſi hæc ratio reos infamium cauſarum ab hac nota liberaret, ne quidem a Procuratore Generali de cauſis famoſis accuſati, fierent infames, quatenus ſemper etiam tum cauſæ per Procuratores aguntur. Quod ſi Lis per mandatum privatum, quales jure Romano erant omnes Litium Procuratores, qui hodie ipſi dant Procuratorem publicum, agatur, quia dominus cauſæ tunc in lite non eſt, idem quod jure civili de infamia cautum eſt, eveniret. Ex iſtimo, infamiam ex injuriis, apud nos in deſuetudinem abiiſſe, primo inde, quod Statutis certæ pœnæ ſingulis injuriarum ſpeciebus ſint impoſitæ ſine mentione infamiæ, quo juri civili derogatum videtur; dein quod Infamia ſit graviſſima pœna, per quam dignitati, & vitæ quaſi commercio exempti homines, ad βίον ἀβίωτον, *vitam ſine vita* rediguntur: ut merito *Doctores* famam vitæ comparaverint, ex *l. 9. in pr. de manumiſſ. vind.* infamiaque non immerito cum morte conferri poſſe videatur; Injuriæ autem accuſationes cum ſint frequentiſſimæ, nequaquam Reipubl. expediat, habere tot cives infamia notatos.

8. Extraordinaria injuriæ Pœna, varia ex cauſa & perſona, ſtatui ſolet; humilioris loci homines, fuſtibus ſubjiciuntur, cæteri exilio temporali, vel interdictione certæ rei coërcentur, *l. ult. h. t.* ut ademtione decurionatus, *l. 40. h.* aut alterius officii publici, atque ita ſervatur. Exemplum adempti muneris publici, habuimus in eo, qui Sandium calumniatus erat. Fuſtigationis apud nos exemplum, refert Sandius *l. 3. tit. 8. def. 5.* Statuta noſtra certos caſus extraordinariæ pœnæ ſubjiciunt, ſi quis quæve jactaverit ſtuprum, aut matrimonium infamandi cauſa cum alio aliave initum, *art. 2. d. tit.* qua de re Sandius in *d. defin. 5.* Qui realem verbalemve fecerit injuriam Proceribus Reipubl., Judicibus & Magiſtratibus, æque extra ordinem punitur, *Van ſtant*, habetur in *art. 26. d. tit.* id eſt Reipubl. totius, non municipiorum, aut præturarum ſingularium, ut Curiæ viſum in prædicta *cauſa Dominici Hottinga* contra *Vyttama*, teſte Nauta. Huc pertinet illud, in Anglia quod dicitur, Scandalum Magnatum. Denique ad hanc pœnam extraordinariam referendum, quod de qualibet injuria Judex tantundem mulctæ, ac unaquæque injuria reſpectu privati actoris æſtimatur, exigere poteſt, *art. 29. d. tit.* Sed ad pœnam corporalem de injuriis, admodum raro proceditur a Procuratore generali: Ad mortem vero nunquam, etſi perſonis illuſtriſſimis illata ſit injuria, Carpzov. *d. part. 2. Qu. 94. n. 47.* Reliqua ad *Inſt.* Denique, vulgo refertur huc actio ex *L. diffamari. C. de ingen. manum.* quæ tamen ad omnia extenditur, quæ in præjudicium alicujus jactantur; qui enim tale quid facere arguitur, vocari ſolet, ut actionem inſtituat, vel perpetuum ſileat. Quod genus actionis textu magis quam ratione, quam vide in *l. 7. pr. ff. h.* deſtituitur: Conf. ſupra de O. & A. *ſub fin.*

TIT. XI.

De Extraordinariis Criminibus.

I. Quid ſint Extraordinaria Crimina. II. Species eorum in hoc tit. III. Aliæ ſpecies huc pertinentes, ut expoſitio infantis. IV. Perjurium. V. Impoſtores & magi. VI. Alia minora. VII. De blaſphemia. VIII. De hæreſios crimine.

Extraordinaria crimina sunt, de quibus agitur ad publicam animadversionem, sed absque ordine publicorum judiciorum, & sine pœna certa, *l. 1. & t. t. h.* vocantur & privata, *l. 1. §. ult. de Pœn.* quia jus accusandi iis duntaxat competit, ad quos ea res pertinet, *l. 3. h. l. 7. de Concuss. l. 2. de abig. l. 3. de Pravar.* Sed jure novo, præter personas, quibus dantur, discrimen eorum a publicis exiguum est, quoniam & ordo publicorum judiciorum desiit esse in usu, *l. 8. de publ. jud.* & pœnæ pleræque sunt etiam extraordinariæ, *l. 13. de Pœn. l. 7. §. ult. D. Repet.* Nam ut in extraordinariis variatur secundum merita circumstantiarum, adeo ut & capitalia fieri possint, *l. 1. in f. l. 9. in f. h. t.* ita in plerisque publicis id postea videbimus,

2. Species in hoc tit. præcipuæ sunt, Stuprum, in *l. 1. §. ult.* cujus pœna ob insignes malitiæ circumstantias, mors esse potest. Sed de hoc agetur ad *tit. de Adulteriis*, & actum est ad *Inst. pag. 472 in fin. seq.* Crimen abacti partus; cujus pœna, * si fœtus nondum animatus sit, est exilii temporalis, *l. 4. h.* si animatus, est mors, *l. 1. ad L. Corn. de Sic.* junct. *l. 38. §. 5. de Pœn.* Qui chomata vel aggeres rumpit, is pro admissi mensura varie punitur, *l. 10. h.* quandoque flammis, *l. Unic. C. de Nil. agg. non rump.* Equidem hæ sequentesque species tantum sunt extraordinariæ. Privata vero delicta, quæ superius habuimus, Furtum, Rapina, Injuria, pro arbitrio actorum civiliter, aut extra ordinem moventur, ut alias dictum.

3. Sunt aliæ species criminum extraordinariorum, quas breviter subjiciemus; *Expositio infantis.* ** Si quis sobolem suam aliorum misericordiæ, quam ipse non habeat, in publico exposuerit, extra ordinem in eum animadvertitur; *l. 2. verb. animadversioni. C. de infant. expos. l. pen. C. de patr. pot.* nec in casu mortis, pœna fuit L. Corneliæ de sicariis aut Pompejæ de parricidiis, sed extraordinaria, *d. l. 2. & l. pen.* Moribus indistincte, opinor, pœna capitalis est. Vide quæ hac de re diximus *lib. 2. Digress. cap. 5.*

SCHOLIUM.

At non moribus nostris. Quomodo enim secundum hos distinguendum sit, vid. ap. Strauch. 29. 7.

RESPONSIO.

Eventu mortis infantilis secuto intellexi omnino quod dixi: tunc enim inter locum frequentatum ab hominibus, & solitarium distingui, non patitur argum. d. l. 4. *Etsi paulo aliter Carpzov.* part. 2. crim. qu. 10. n. 6.

N. ADDIT.

Ut intelligatur vis hujus responsionis, apponendus est locus, ad quem provocavi in Scholio ex Strauchio Diss. 29. th. 7. *ubi Strauchius: Lex Cornelia ultore ferro persequitur homicidas &c. qui infantem in loca inaccessa & solitaria abjiciunt, animo eum interficiendi. Eventu enim secuto, pœna L. Corn. seu gladii locum habet.* Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. qu. 10. 11. 5. Schultes. add. ad Col. decis. 158. *Quod si in loco celebri, sine animo occidendi exponatur; morte secuta, fustigationem dictant eum perpetua relegatione Dn. Scabin. Lips.* Dn. Carpz. ib. n. 11. *Sed quid si vivus & incolumis reperiatur,* Coler. decis. 158. *a Dnn. Wittenbergensibus fustigationem dictatam refert, anno 1549. Quod &* Dan. Moll. 4. semest. 45. n. 8. Berlich. 4. 7. 36. P. Theod. coll. crim. dis. 7. th. 6. lit. H. *& Dnn. Antecessoribus Lipsiens. videtur,* Finckelthaus. obs. 86. n. 24. *Dissentiunt JCti Scabini Lipsienses.* Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. q. 10. n. 15. *Elector Sax. relegationis aut incarcerationis pœnam dictat, sed ita, ut ad fustigationem usque pro circumstantiarum ratione perveniri queat. decis. 78.*

4. Perjurium ordinarium crimen non est, sed extra ordinem arbitrio judicis vindicatur. Exempla sunt in *l. 13. §. ult. D. de jurej.* ubi pejerans fustibus castigatur; *** cum elogio, *προπετῶς μὴ ὄμνυε,*

* *Const. El. 4. P. 4. §. f.* matrem, imo & extraneos abortum procurantes, ultimo supplicio punire jubet, si partus fuerit vitalis, id est, uti dicta Constitutio explicat, post dimidium tempus gestationis Carpz. *ad d. C. d. 1. 2. 7.* si abortus non fuerit secutus, aut partus nondum vitalis, arbitraria, & quandoque etiam fustigationis pœna locum habet. *d. C. §. f.* Berger *El. Jur. Crim. p. 112.*

** Apud nos cum parentes liberos exposuerunt in loco dissito, dolo malo, & cum occidendi proposito, si mors infantis fuerit secuta, pœna ordinaria, culei scilicet, *P. 4. C. El. 3.* Berger *l. c. p. 111.* obtinet, extranei pœnam L. Corneliæ sustinent. Si occidendi animus deficiat, ac expositio in loco publico facta sit, infans tamen nihilominus pereat, fustigatio, alias, ipso incolumi superstite, mitior pœna obtinet. vid. *Dec. El. 78.* ibique Phil. *Obs. 2.* conf. Strauchium *Diss. Justin. 29. th. 7.*

*** In Saxon. Electorali perjuro amputantur articuli priores digitorum, quibus erectis juravit, die fördere Glieder der beyden Finger, damit er geschworen. cui pœnæ relegatio jungitur, secund. *Ord. Pol. de ann. 1612.* §. ob auch wohl zum dritten. atque hac ratione etiam adversus eum, qui Urphedam violavit, proceditur,

l. e.

i. e. petulanter ne jurato. in *l. ult. D. Stellion.* ubi stellionatus tenetur, in *l.41. C. de Transact. & l. pen. C. de dignit.* ubi infamia cum damno pecuniario notatur, de qua adhuc apud. *tit. de falf.* §

5. Circulatores etiam, qui serpentes circumferunt, si cui ob eorum metum damnum datum est, extra ordinem coercentur, *l. ult. D. de extr. crim.* His Dd. recte adjungunt eos, qui alias quaslibet præstigias faciunt, si cui quid damni dederint. Sunt his proximi, qui leves hominum mentes superstitione numinis terrent, qui ex rescripto D. Marci in insulam relegantur, *l. 30. D. de pœn.* Tales etiam, qui morbos curant per Evangelium Johannis, aliasque similes incantationes, qui cum igominia relegantur apud nos. Sand. *5. tit. 9. def. 13.*

Sed vide l. 4. de Malef. & Mathem. *& Ant. Matth.* lib. 48. tit. 5. c. 5. n. 7. p. m. 506.

De noxiis & maleficis Incantatoribus & commercio dæmoniaco, longi sunt logi atrox justitia, per Germaniam inprimis, de qua prolixe Carpzov. *part. 1. crim. Qu. 49. & seqq.* quam nobis improbare vel laudare non est animus, nec otium heic discutere. Nisi quod minime tutum credimus, sævire, nisi in eos, qui maleficiorum in homines exitialium comperti fuerint, non recte in incubos dæmonum, Volatores, super baculos hircosve per aerem equitantes, epulasque infernales frequentantes, aliaque id genus imaginaria; cujusmodi confessiones in Germania præsens audire memini. Quid si impietates actu commissas fateantur, ut unam intellexi narrantem in judicio, se panem vinumque eucharisticum a mensa domini abeuntem, ore custoditum domi exspuisse & calcasse pedibus, diabolo præsente, ut quidem adfirmabat ejusque nomen memorabat. Talia & id genus innumera extant, quæ impune transmittenda esse, nemo dixerit prudens, opinor, vix tamen ultra pœnam atrocis *blasphemiæ*, ut videtur, quod ipsum est crimen extraordinarium, & mox sequetur.

6. Sunt & alia crimina extraordinaria, in quæ digitum intendisse sufficiat. Si quis solicitaverit alienas nuptias, *l. 1. pr. D. de extra. crim.* si conatus sit puero stuprum persuadere, *eadem l. 1. §. ult.* Si quis aquas, fistulas, lacus, quidve aliud ad injuriam publicam spurcaverit, *d. l. 1. §. 1.* Si quis rebus suis, vel sibi obligatis; vel debitis, quas alius possidet, titulum vel signum suum imposuerit, antequam per Judicem evicerit, *l. 1. & 2. C. Ut nemo lic. sin. jud. auct. sing. Nov. 17. cap. 5. Nov. 164.* Si quis titulum principis prædio alieno imposuerit. *l. 2. C. Ut nem. priv. tit. præd.* Validi mendicantes, quorum numerus, rarescente servitutum usu, mirifice auctus est, etiam coercentur, *l. un. C. de mendic. val. Nov. 80. cap. 5.* Si quis coegerit ludere, *l. 1. §. ult. D. de Aleat.* Si quis domum aleatoribus præbuerit, *l. 2. C. eod.* Si carceri præpositus vel miles, dimiserit custodiam, *l. 8. l. 12. & ult. D. de Cust. reor.*

7. Si quis blasphemus fuerit, *Nov. 77.* ubi capita puniuntur. Moribus hodiernis pœna est arbitraria, * A. Matth. *l. 47. Dig. tit. 10. n. 6.* Nostra statuta temere blasphemantes, jurantes, aliosque devoventes, pane & aqua per aliquot dies macerant, *lib. 2. tit. 16.* Nova vero lex prima vice statuit mulctam sex florenorum majorum, secunda vice pro arbitrio plectuntur: Edicto *d. 10. Aug. 1667.* Consulto blasphemantibus, lingua ferro perforatur, *d. tit. 16.* Datur & medium genus inter consulto & temere blasphemantes, ut erat qui sæpissime, sed maxime ebrius blasphemaverat, hoc modo: *non curo Deum, non moror Deum aut homines, & non timeo Deum nec Diabolum:* Quorum est hæc consuetudo, neque pro temerariis, neque pro determinatis blasphemantibus haberi possunt.

P. 4. C. El. 48 Quod si vero perjurus duos priores digitorum articulos amiserit, non fustigatio, ut Hartm. Pist. *Obs. 188. n. 5.* visum fuit, nec amputatio aliorum digitorum, secundum Coler. *P. 1. dec. 114. n. 9.* sed sola relegatio cum comminatione gravioris pœnæ, locum habet Carpz. *Pr. Cr. qu. 47. n. 35.* Berger. *El. Jur. Crim. p. 24.* Qui secunda vice, contra jusjurandum præstitum revertitur, fustigatur, & perpetuo relegatur, tertia vice capite plectitur. *d. C. 48. j.* ℞. *l. 3. art. 9.* Lyncker. *Dec. 416.* nisi circumstantiæ hanc pœnam mitigari desiderent, e. g. si, rei venditæ pretium a debitore moroso exigendi causa, quis revertatur, quo casu mitiori pœnæ locum esse, existimavit *Fac. Jur. Lips. M. Mart. An. 710.*

* Pœna blasphemiæ nostro jure est gladii, aut pro circumstantiis linguæ amputationis. *P. 4. C. El. 1.* quam ultimam pœnam tamen in Provinciis Saxonicis in desuetudinem abiisse, monuit Carpz. *def. 3. ad d. C.* unde *Dec. El. 75.* in ejus locum fustigationem substituit. Conf. Phil. *ad eand. Obs. 1.* add. *Ord. Pol. d. an. 1612. §. so lassen wir. Corp. Sax. p. 551.* De pœna numellarum, des Hals-Eisens oder Prangers, quam d. Ordinatio iis, qui blasphemiam mediatam committunt, dictitat, denen Sacramentirern, vid. Berger. *El. Jur. Crim. p. 126. sq.* id. *ad Lauterb. p. 866. sqq.*

possunt. Ideoque pœnam eorum mediam, inter mulctam pecuniæ aliamve modicam & perforationem linguæ, esse debere, consultus ex Omlandia Groningana, respondi *d. 4. Januar. 1688.* in causa *Geert Jans Mannemaker.*

8. Huc etiam pertinet Hæresis, quæ sic finiatur; *Propria de rebus divinis, & pertinaciter propugnata sententia, fidei catholicæ repugnans.* Propria; nam Αἵρεσις, *hæresis*, nihil est aliud quam Electio pro rationis cujusque modulo facta; quando quis non contentus fide catholica, eligit sibi fidem peculiarem. *Pertinaciter propagata*; Nam lex non punit animi sententias, *l. 18. de Pœn.* Repugnans *fidei catholicæ.* Quid est catholica fides? *Universalis.* Hanc aliter Theologus, aliter Jurisconsultus accipit; & hic quidem, Receptam atque dominantem in Republ. intelligit, a qua discrepantes & prohibitas, vocat hæreticas, si tamen ipsius animi judicium consentiat. De consensu autem Reipubl. constare debet ex Confessionibus & Conciliis auctoritate publica factis, quæ in Imperio Rom. quatuor fuerunt, Nicænum, Constantinopolitanum, Ephesinum, & Chalcedonense, quæ dicuntur Oecumenica, quia Romani suum Imperium vocant *orbem terrarum.* Permissas, pro hæreticis non habent religiones; Toleratæ equidem haberi possunt, cessante pœna. Quænam autem est hæreseos pœna? Jure Civili, loca cultus publicantur, *l. 2. l. 5. & l. 8. §. 3. C. de Hæret.* Improbiorum bona publicabantur, quos inter & Donatistæ, qui tamen schismatici potius quam hæretici fuerunt, *d. l. 5.* Manichæi vero etiam exilio & ultimo supplicio subjiciuntur, *l. 5. in pr. C. eod.* Moribus Protestantium, in Hæreticos nulla corporalis pœna constituta est; tametsi in Anglia satis extent severæ. Apud nos permittuntur aut tolerantur omnes, exceptis Pontificiis, quorum cultus lege prohibetur, officio tamen Magistratuum & per conniventiam toleratur. Quando res ita fert, ut secus videatur, Cœtus eorum disjiciuntur, singuli mulctantur, inprimis Sacrificuli; Imo quodam Edicto proscribuntur, hoc est, cuilibet impune licet eos interficere: sic aliquando in Frisia constitutum, sed nunquam exercitum, quod melius: mulctæ sæpius exactæ. Contra Socinianos & Enthusiastas tremulos, in hanc provinciam venientes atque docentes, est Edictum pœna relegationis, aut arbitraria, non æque adversus indigenas. Factum est aliquando, ut Dd. Ordines ad Curiam miserint Socinianum confessum, cum elogio *blasphemi*, qui rogatus de sacrosancta Triade cæterisque Christianismi fundamentis, responderat, *in simplicitate cordis sui negative*, non est habitus pro blasphemo, & dimissus impunis ac indemnis, *d. 18. Dec. 1680.* Enimvero alioqui tales sententiæ insolenter ac intemperanter prolatæ, cum invectivis in sanctissima mysteria, pro blasphemiis, quarum pœna jure civili & divino capitalis est, haberi possunt, neque non debent. Hoc est, quod Calvinus scripsisse alicubi de Serveti supplicio arguitur, eum mortem *sola modestia* redimere potuisse, non adversus Calvinum, ut calumnia vult, sed in modo confessionis, nec punitus fuisset opinor, si, ut noster homo, cum præfatione in *simplicitate cordis sui*, respondisset. Quanquam ille rigor Genevensis non omnibus est laudatus, etsi mansuetissimo Melanchthoni in illo exemplo probatus. Nec pœnituit Genevenses, qui dein per similem sententiam *Nicolaum Antonium* summo supplicio adfecerunt, eo quod *impugnasset SS. Trinitatem, renegasset Dominum Jesum, eumque devovisset, & Judaicam perfidiam amplexus esset*, ut verba sunt sententiæ, *d. 26. Apr. 1632.* referentibus Sponio & Læti.

Subjiciam verba Antonii Matthæi, qui de omnibus, excepta sola hæresi, criminibus egit. *De hæresi*, inquit, *nihil adjicio; Tametsi enim Pontificiorum moribus gravissimum crimen est, multaque in inquirendo & vindicando singularia observantur, tamen cum, libertate armis parta, horribilis illa Inquisitio a nostris provinciis exulet, religionemque orthodoxam docendam, non imperandam credimus, enarratio crudelis judicii supervacua futura est.*

Tit. XII.

De Sepulchro violato.

Qui sepulchrum dolo malo violavit, * tenetur in 200. aureos, *l. 3. in f. pr. h.* pœna actori cedente, quia non liquet, eam cum fisco dividi, ut fit alias, *l. 25. §. ult. de SC. Syll.* qui vero cadave-

* In Saxonia Electorali violatores sepulcrorum puniuntur gladio si effossa & spoliata cadavera non sepeliant, aut sæpius effodiant & spoliant, fustigatione, si spolium simplex sit: quæ pœna etiam ad eos pertinet, qui ca-

ra

ra spoliant, maxime armati, etiam capite plectuntur, *l. 3. §. 7. b.*

Est & actio in id quod interest, *l. 3. pr. & §. 8. h. tit. l. 9. add. & l. 11.* ubi pœna in eos, qui cadaver extraxerunt vel ossa eruerunt.

Violasse autem videtur, qui diruit, *l. 2. h. t.* qui terram evellit, saxa vel quid aliud aufert, *l. 4. & l. 5. C. eod.* qui inhabitat, (sic enim erant sepulchra potiora veterum,) inædificat, *l. 3. pr. & §. pen. D. eod.* qui cadavera vexat spoliatve, *ead. l. 3. & l. ult. D. eod. l. 4. in fin. C. eod. l. 38. D. de Relig.* qui mortuum infert in sepulchrum, in quod inferendi jus non habet, *d. l. 3. §. si quis.* & qui prohibet aliquem inferri, quo jus inferendi est, *arg. l. ult. C. h. & d. l. 38. D. de Relig.* de cenotaphio non datur, *arg. l. 7. D. de rer. div. & l. 42. D. de relig. & sumt. fun.*

TIT. XIII.

De Concussionibus.

Concussio est, cum quis terrore potestatis suæ abutitur ad pecuniam extorquendam, *l. 1. & l. 2. h.* adde rem vendendam, ut quidam Magistratus hominem improbatæ religionis, ad agrum sibi vendendum, minis inquirendi vexandique adigebat. Quid si pecuniam, ut contra leges conniveant, acceperint; Repetundarum magis teneri videntur, ut *infra;* Nisi cum minis expressis tacitisve jusserint exhiberi nummos heic & nunc. Id habitum memini pro concussione, & est. Idem cum quis simulato magistratuum jussu aliquid extorserit, *l. 1. D. h. tit.* quod etiam de nuntio vel apparitore tradit Damhoud. *prax. crim. cap. 29. rubr. de concuss. n. 5.* de procuratore fisci, Farin. *quæst. 141. n. 39. & seqq.*

2. Pœna est extraordinaria, *l. 1. h.* etiam quadrupli, *l. ult. C. ad L. Jul. repet.* aliquando & publici judicii, *l. 1. pr. & §. 1. ad L. Corn. de fals.*

TIT. XIV.

De Abigeis.

I. Qui sint Abigei, & pœnam non esse capitalem.

Abigei sunt, qui pecudes de stabulo furandi animo abducunt, nempe equum vel bovem; nam oves oportet decem, porcos quinque esse, *l. 3. h. t.*

Nec exigimus, ut eodem temporis momento abegerit, etiam qui sæpius abegit, licet semper unum vel alterum pecus, abigeus tamen est, *d. l. ult. §. pen. h.* Cæterum, si quis boves aberrantes, vel equos in solitudine relictos abegerit, non est abigeus, sed fur potius, *l. 1. §. 1. D. h. tit.*

Pœna est vel relegationis, vel operis publici, vel metalli, aut gladii, *l. 1. pr. §. 2. & 3. h.* Gladius olim fuit ludus gladiatorius, sed jure novo, sublatis illis ludis, *l. un. C. de gladiat.* pœnam gladii intelligi, vult Sand. *5. decis. 9. 9.* & sic Curia definivit. Aliter Cujac. *13. obs. c. 13.* cui libens adsenserim, nec enim est ratio, ut Justinianus alium Hadriani verbis sensum affinxerit, quam ipse sibi fuit conscius, alioqui clarius sanxisset, Proinde pœnam capitali mitiorem esse oportet.

Quanquam etiam in exquisitis illis, ob delicti frequentiam, exemplis Sandii, pœna capitalis Abigeis irrogata fuerit, atque ille ita disputet, quasi pœna capitalis heic omnino recepta sit in Frisia, minime tamen illud crimen semper capitali supplicio adficitur. Sæpius enim abigei fustigati & relegati sunt, quandoque & stigmate inusti, aliquando simpliciter relegati, cujus lenitatis hæc sunt exempla, quæ excerpsi ex annotatione MS. *Antonii Kan,* Procuratoris Frisiæ Generalis. *Hans Koermaker Leovardiensis d. 10. Septemb. 1625. Gerben Douwes ex pago Lioessens, d. 28. Septemb. 1627. Dirk Janssen Rijpensis, d. 27. Octobr. 1628. Hessel Harmens Arumensis d. 6. Nov. 1628.* Omnes relegati, & ultimus ad biennium duntaxat.

davera punitorum subtrahunt, iisque ad artes Magicas abutuntur, *P. 4. C. El. 34.* aut iis vestes detrahunt & furantur. *d. C.* arbitraria autem e. g. carceris vel pecuniaria coërcitio, locum habet, si quis sepulturæ causa, corpora defunctorum rotæ vel patibulo subducat, eandemque dictatam fuisse caligas suspensi auferenti, refert Carpzov. *pr. Crim. qu. 83. n. 61.*

TIT. XV.

De Prævaricat.

PRævaricator a varicando dictus, *l. 1. pr. h.* is est, qui adversam partem, prodita causa sui clientis, adjuvat, *l. 1. h.*

Judicium autem prævaricationis duplex est, publicum, & extraordinarium. Publicum in accusatorem, qui judicio publico non ex animo egit; ex qua causa eadem pœna adficitur, qua teneretur, si ipse in legem commisisset, qua reus, per prævaricationem absolutus est, *l. pen. D. h. tit.* Extraordinarium in eundem, si judicio privato prævaricatus sit: item, in advocatum, sive is publico, sive privato judicio prævaricatus sit, *l. 1. §. 1. & l. 2. §. 2. D. h. t.*

Advocatus equidem hoc faciens, proprie non prævaricatur; tamen extra ordinem punitur, *d. l. 1. §. 1. & l. 8. de Extraord. crim.* Denique, omnis prævaricatio pœna afficitur extraordinaria, *l. 2. h.*

TIT. XVI.

De Receptatoribus.

I. Pœna Receptatorum. II. An & in privatis delictis habeat locum.

REceptator est, qui maleficis facultatem se occultandi præstat; & præcipitur, ut perinde ac ipsi latrones, puniatur. Quod limitandum videtur, si consilia cum illis sociaverit; alioqui mitius, *l. un. C. h. t.* Cognati quoque lenius habentur, *l. 2. h.* Recte etiam ab Interpp. traditur, cauponem, qui subitario hospitio latrones recepit, excusari: neque enim eligit sibi viatores, nec repellere potest iter agentes, *l. un. in fin. D. furt. adv. caup. Naut.*

2. Qui privatorum delictorum reos receperit, an teneatur, quæritur. Negat Wesenb. *in par. h.* non recte: de fure enim recepto, id disertis verbis scribitur *in l. 13. D. de Off. præs.* In privatis autem & minoribus delictis, relegandi videntur receptatores, per *l. ult. ff. de Abig.* aut mitius, ut est factum.

SCHOLIUM.

Conf. Hahn. ad d. l. Wesenb. *Cæterum, vapulat miser Wesenbecius, ut sæpe alias, ita & hic sine causa. Dicit enim, non, quod receptatores furum vel similium haudquaquam teneantur, sed quod pœna receptatorum, quæ* in l. 1. h. t. *exponitur, locum non habeat in privatis delictis, in quo certe consentit cum Autore.*

RESPONSIO.

Verba Wesenbecii; In privatis delictis, puta vulneribus illatis, injuriis, cessat ea, scilicet pœna receptatorum, ut memini, *addit*, aliquando judicatum. *Thesis est generalis, de privatis delictis; exemplum, de vulneribus per injuriam illatis, quod illustrat non coërcet regulam. Quin nec vulneris per injuriam illati auctor, qui requiritur, judici exhibendus, (alias receptatio non habet intellectum,) a receptatoribus occultari potest: Quem enim jus est requirere latentem hunc recipere & occultare non est jus,* arg. l. 1. de Fugitiv. *Non sunt igitur justa Wesenbecii hac parte vindiciæ; Etsi, graviter peccatum esse, vel talia non cuilibet excidere quandoque, negandum non est. Quod autem vapulando miserum dicit Wesenbecium, (adde sis Treutlerum,) Scholiastes, respicit ad crebras commentatorum ejus Bachovii, Habnii &c. Censuras ac cavillationes. Decora ingenia potius ipsa commentari, quam alia recensere, supplere & exagitare debent.*

N. ADDIT.

I.) Autor plane nihil respondet ad objectionem Scholii, quin potius adducendo locum Wesenbecii, confirmat Scholium, quod scilicet non loquatur de omni, sed de pœna ordinaria receptatorum. II. Gratia agenda Autori, quod in ipsa hac responsione suppeditet aliud medium defendendi Wesenbecium: Scilicet Wesenbecius non agit de omnibus privatis delictis, sed saltem de iis, quorum facit mentionem, quod ostendit verbum puta, *quæ hic est vox limitantis, non exemplificantis, ut Autor vult. III. Etsi Wesenbecius de omnibus delictis, etiam de furto locutus fuisset, non tamen propterea culpandus foret. Nondum enim Autor probavit, quod de fure recepto id diserte asseratur in* l. 13 de off. præsid. *quod eorum receptator pœna receptatorum puniri debeat. Ista enim sunt legis verba*: Præses sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animadvertere, receptoresque

resque *eorum* coercere, sine quibus *latro* diutius latere non potest. *Vides hic ex contextu, intelligi fures, qui simul latrones sunt, non fures omnes, quatenus pertinent ad delicta privata; item per receptatores* eorum, *non intelligi* furum, *sed ut mox explicatur*, latronum. *ut adeo inter hanc legem* & l. 1. h. t. *plane sit convenientia. IV. Quod miserum vocaverim Wesenbecium, & sapius sine causa vapulantem, nec Habnium pertinet, ad nec Bachovium, sed ad Autorem Errorum Wesenbecianorum, tum satis notum.*

Tit. XVII.

De Furibus Balneariis.

IN balneis publicis, ubi vestes lavantium deponuntur, magna erat facilitas & copia furti; quod merito extra ordinem puniendum; non tamen ultra opus publicum temporarium, *l. 1. h.* pro clementia juris Romani, *l. 1.* Hodie corporaliter, aliquanto quam cæteri gravius puniuntur. His adæquandi, vel forte severius habendi, qui linteamina e campis publicis, ubi lota candescunt, surripuerunt. Balneariis furibus æquiparantur, quod ad pœnam attinet, Nocturni, *l. 1. h.*

Tit. XVIII.

De Effractoribus & Expilatoribus.

I. Pœna effractorum carceris. II. Alia moribus hodiernis. III. De effractoribus rapinæ causa. IV. Quid expilatores, & pœna eorum.

QVi carcere effracto evaserunt, capite puniuntur, licet innocentes sint, *l. 1. pr. h.* junct. *l. 13. de Cust. reor.* qui per negligentiam custodum evaserunt, levius puniuntur, *d. l. 1. inf. pr.* Hæc sunt perspicue in *dd.* textibus, additis *l. 38. §. pen. de Pœn. & l. 13. §. pen. de R. milit.* cum quibus si quis velit, conferre potest, quod Thomasius notavit.

SCHOLIUM.

Autor igitur l. 1. pr. hic *tanquam propositionem universalem considerat, &* l. 13 de Cust. reor. *secundum eam explicat. Alii contra* d. l. 13. *tanquam regulam considerant, & ex ea* d. l. 1. limitant, *ut iis saltem casibus procedat, si quis ob delictum capitale, vel prope capitale, carceri inclusus sit, ut tamen & hoc ultimo casu arbitrio judicis sit locus. Vid. Dn. Schilt.* Ex. 49. th. 43. *ubi & præjudicium. Rursus aliter exponit textus, de pœna effractorum carceris loquentes, Ant. Matth.* lib. 47. ff. tit. ult. cap. 4. p. 257. seqq. *inclinans tamen* p. 259. n. 3. *ad eandem sententiam, quod pœna non semper sit capitalis. Mihi videtur, pœnam horum in Rep. Romana, pro diversitate temporum variasse*, arg. d. l. 13. & d. l. 1.

2. Moribus extraordinaria pœna est, minime capitalis, ob hoc ipsum quod eruperint; Etenim libertatis amor, quem homo novissimum exuit; & miserabile studium redimendi sanguinem suum, tam acerbe non merentur excipi, ut quidem videtur. Nec aliud mores nostri ferunt: Qui nec probare videntur, quod jure civili custodes carceris, quorum non modo negligentia, sed etiam fraude, rei criminum evaserunt, mitius puniuntur, quam miseri, ac etiam innocentes rei. Namque negligentia custodum sola remotione, fraus & corruptio extra ordinem judicis officio punitur, *l. 8. de Custod. reor.* Quin etiam qui cum eo, quem custodiebat, erupit, is adhuc capite punitur, *d. l. 38. §. pen. de Pœn.* Aliquando equidem miles custos ob fraudem capite punitur, sed arbitrarie; quandoque & custodi venia datur; Reus, qui una fugit, eo, quod fugit, ducitur ad supplicium, *l. ult. §. 2. de Custod. & exhib. reor.* Hæc neque servantur, neque rationem habent, ut mihi quidem videtur: præpositumque carceri sive custodem, gravius quam *custodiam*, id est reum vinculis constrictum, peccare existimaverim.

3. Sunt adhuc effractores alio sensu, qui parietibus effractis vel perforatis, pecunias auferunt, qui relegantur, vel in opus publicum dantur, *l. 1. §. ult. h.* aliquando & gravius, non tamen ad mortem, *l. ult. h. t.* quod longe aliter moribus hodiernis. Cum enim hi non fures, sed raptores sint, & plerumque nocturni, capite puniuntur etiam illic, ubi furti rapinæque pœna minime capitalis est, quod & apud nos sæpius obtinuit, maxime si frequentes essent effractiones. Sed novissimis tempo-

temporibus magis placuit pœna juris civilis, * ut nocturni effractores fustibus cæsi in metallum dentur, id est in opus publicum longi temporis addita stigmatis inusti nota, ad æquandam *metalli* pœnam, quæ perpetua est, & opere publico nostrate gravior. Expilatores, de quibus in Rubrica, sunt atrociores fures, hoc enim vox sonat, ut docet Ulpianus in *l. 1. §. 1. h.* οἱ τοὺς ἀνθρώπους ἐκδύοντες, qui homines exuunt, βιαίως, violenter, Cujac. *15. obs. 31.* Vox deducitur a pilo, quod est *complano*; Græce πιλῶ, *constipo*, sive quod ejusmodi fures quicquid est in *superficie*, tollunt & planum faciunt, ut nihil extet; sive quod tam confertim furentur & spisse, ut res abiatas, quo expeditius auferant, *constipent*. Pœna merito gravior extra ordinem infligitur, analogice respectu pœnæ quam Romani, & quam Gentes hodiernæ, furibus & raptoribus infligunt.

4. Inter fures extraordinarios heic relatos, sunt etiam Directarii, qui se in aliena cœnacula furandi animo dirigunt; quibus affines sunt apertularii, confectores cardinum, quibus nihil tam obseratum, occlusum, obsignatum, quod non aperiant, *l. 7. de extr. crim.*

Tit. XIX.
Expilatæ hereditatis.

Expilatæ hereditatis crimine tenetur is, qui res hereditatis jacentis, h. e. nondum aditæ, vel aditæ quidem, sed necdum possessæ, surripit, quoniam furtum hocnon est, *l. 1. & l. 2. h.* Uxor tamen, quia socia est, *l. 1. rer. amot. & l. 3. h.* & coheres, hoc judicio non tenentur, *l. 1. C. h. t. & l. 51. p. Soc.* Pœnæ quibus coërcitum fuerit hoc crimen, in jure expressæ non sunt, cum autem crimen sit extraordinarium, non dubitandum, quin corporalis pœna infligi reo possit. Gomes. *tom. 3. resol. 5. n. 16.*

Tit. XX.
Stellion.

Stellionatus, ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac. *h.* est omne delictum, quod nomine proprio caret, *l. 3. §. 1. h.* ubi & species diversæ, quas inter, si quis rem alii oppignoratam dolose vendiderit. Atqui in *l. 66. de Furt.* hæc species furtum appellatur.

N. ADDIT.

Ad declarandam N. Addit. supra ad tit. de pignoribus *adjectam, notandum, quod autor textus Pauli & Ulpiani obstantes alio modo conciliare voluerit. Sic enim sunt verba posit. 1. & 2.*

1. Stellionatus ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac. h. *est omne delictum, quod nomine proprio caret,* l. 3. §. 1. h. *ubi & species diversæ, quas inter, si quis rem alii oppignoratam dolose vendiderit, (a) quod si hypotheca sit, videtur esse furtum,* l. 66. de furt.

(a) Vel oppignoraverit, *dd. text.* & ad hanc extensionem spectat *positio 4.*

2. Ita conciliavimus hos textus, aliam secuti viam ad t. de pignor. *(b)* ἀλλ' οὐκ εὐστόχως. *Nam* d. l. 66. *diserte etiam de hypotheca loquitur.*

(*b*) Imo non, sed ibi autor ipse hæsitavit, an furtum, an stellionatum diceret. Vide *quæ ibid.* notavimus *n. 11. lit. f.*

Postea pergit: Quid si ita? *& responsionem, quæ nunc hic sequitur, tradit, de qua jam supra* ad tit. de pignoribus *notavimus, quod antinomiam non tollat, ut etiam tum in Scholio nunc omisso, sed jam noviter addito, feceram.*

Quid ita? Pignore, quod traditum est, vendito, sine dubio furtum admittitur, *§. 9. Inst. de Obl. ex del.* etiam hypotheca speciali vendita, ut Paulus & Julianus *d. l. 66.* at hic plus dubii est, quia possessio non eripitur: Ideo Ulpianus in *l. 3. §. 1. h.* stellionatum advocat, † non secus ac in civilibus actio quandoque datur, sed dubitationis tollendæ causa ad præscriptis verbis actionem recurritur, vid. *l. 1. Commod. in fin. pr.* juncta *l. 17. pr. Præscr. verb.*

N. ADDIT.

† *Scholium omissum hoc est: Adeoque a Paulo dissentit, non secus ac in civilibus actionibus JCti de actione præscriptis verbis, e contractu nominato descendente, sæpius dissentiunt.*

Intelligitur autem specialis Pignoratio; generalis

* Omnino Effractionis pœna est non capitalis & arbitraria, si stupri, adulterii, aliusve rei illicitæ causa facta est, sed in furto effractio violenta & seditiosa crimen aggravat. *Ord. Crim. Carol. art. 159.*

ralis enim ad neutrum crimen pertinet, *l. 23. §. 1. Qui pot. in pign.*

2. Reliquæ ſtellionatus ſpecies ſunt: Si quis rem aliam pignori dederit, *l. 16. §. 1. D. de pign. act. & l. 2. C. h. tit.* aut æs pro auro dederit, *l. 36. pr. D. de pign. act.* Si quis merces ſuppoſuerit, vel obligatas averterit, vel corruperit, *l. 3. §. 1. & ult. D. h. tit.* Si quis impoſturam fecerit, vel colluſionem in necem alterius, *ead. l. 3. §. 1.* Si creditor pecuniam a ſe non numeratam acceperit, vel numeratam iterum, e ſententia licet, exegerit, *l. 29. §. 5. de Mandat.* Pœna opus metalli excedere debet in plebejis: in his autem, qui ſunt in aliquo honore poſiti, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda eſt, *d. l. 3. §. 2. D. h. tit.* Famoſum ſit, an ſecus, hoc judicium, vidimus ad *tit. de His, qui infam. n. 15.*

SCHOLIUM.

Vide ſupra quæ dixit de his, qui not. infam. poſit. 15. *Putat tamen Wiſſenbach.* ad d. tit. de infam. th. 23. *nondum quenquam Ulpianum, harum legum autorem, a contradictione liberaſſe. Et ſane fatendum, etiam autoris conciliationi obſtare, non quidem cenſuram Wiſſenb.* d. l. *ad quam facile reſponderi poteſt, ſed quod utrobique textus Ulpianei verba reliqua monſtrent, locutionem ejus indefinitam æquipollere univerſali, non particulari. Quid ſi dicamus,* in d. l. 2. *Ulpianum voce judicii famoſi ſynonymice uſum eſſe pro judicio publico, ut ſenſus ſit; Stellionatus judicium non eſſe publicum, ſed coercitionem extraordinariam habere. Ita nulla amplius erit antinomia. Et ſenſus certe eſt optimus, & ratio acceptionis non obſcura. Nam famoſa crimina ſunt, vel publica, vel extraordinaria. Publica eminenter ſunt famoſa, quia omnia extraordinaria ſecundario,* vid. ſupra de his qui not. inf. poſit. 13. *Jam terminus analogus ſimpliciter poſitus, ſumendus pro analogato nobiliſſimo.*

RESPONSIO.

Thomaſii exceptio eſt, quod Ulpianus in hac l. 2. *univerſaliter negative loquatur, cum reſponſio noſtra ſupponat negationem particularem in hac poſitione.* Stellionatus judicium famoſum quidem non eſt; *in caſu, quo judicium civile ſuper eodem facto non eſt famoſum, ut nos interpretamur, cum verba ſint indefinita ideoque univerſalia: hæc, inquam, ratio ſpeciem haberet, ſi conſtaret, Ulpianum in loco integro, unde* Lex 2. *excerpta fuit, non eſſe locutum de tali caſu, quo factum ſtellionatus parit actionem civilem non famoſam, ut in commodato, pignore, ſimilive contractu: ſecus ac obtineret, ſi ſtellionatus circa materiam Depoſiti, Mandati, Tutelæ, Societatis ſit commiſſus. Cum autem locus* d. l. 2. *ex alio majore ſit excerptus, conjectare licet, eum in iſto loco ſic eſſe locutum, ut ne ſecum ipſe, cumque certis juris principiis pugnare videatur. Reſponſionis medium, quod Thomaſius ſuppeditat, a notiſſima proprietate verborum, nimis recedit procul.*

N. ADDIT.

I. Judicet lector de reſponſione Autoris, qua ſalvare voluit ſuam conciliationem. Ego dixi, non veroſimile eſt, Ulpianum in iſtis legibus reſpexiſſe diverſos caſus, quia utrobique generaliter & indefinite loquitur. Contra Autor, præſumendum prius eſſe, ne Ulpianus ſibi ipſi contradicat. II. Reſponſio ad meam conciliationem, nihil dicit ad regulam de ſignificatu termini analogi, quam urſi in ſcholio. Deinde notum eſt; quod Jcti in doctrina interpretationis eam regulam commendent: A proprietate verborum recedi debere, ſi per ſignificatum improprium evitetur abſurditas, (qualis hic eſt contradictio Ulpiani,) vel iniquitas. Adde, quod ita ſecundum me expoſita lege, planior fiat ſenſus legis, quia publicum & extraordinarium ſibi proprius opponuntur, quam famoſum & extraordinarium.

TIT. XXI.

De termino moto.

HOc crimine tenetur, qui terminos finium cauſa poſitos propulerit, avulſerit: item qui finium obſcurandorum cauſa faciem locorum converterit, *l. 2. & l. 3. D. h. tit.* Modus pœnæ, ex conditione perſonæ & mente facientis ſtatuitur; alii relegantur, alii ad opus damnantur; ſunt qui verberibus rem decidunt; ſunt qui capite luunt, *d. l. 2. & l. 3. §. 1. h.* Concurrit cum accuſatione extraordinaria, actio popularis ex lege agraria Caji Cæſaris, qua reus in terminos ſingulos, quos ejecerit, locove moverit, quinquaginta aureos in publico dare jubetur, *d. l. 3. h.* Ita conciliamus *l. 1.* cum *l. 3. h.*

TIT. XXII.

De Collegiis & Corporibus.

HEic puniuntur, qui collegium vel quodcunque corpus fecerint, celebraverint, non ex Scti vel Cæsaris auctoritate: etiamsi honestus prætexatur titulus, veluti species religionis, aut voti solvend. *l. 1. §. 1. & l. 3. §. 1. D. de Colleg. & corp. l. 2. de Extr. crim. l. 15. C. de Episc. & cler.* Licita fuere collegia pontificum, armentariorum, publicanorum, pistorum, naviculariorum, fabricensium, judæorum, *l. 2. §. 6. de Orig. jur. l. 6. pr. D. edend. l. 1. D. Quod cuj. univ. nom. l. 2. C. de Jud. Tit. C. de fabricens.* Alia fere omnia prohibita: Prohibendi autem ratio partim factionum metus, partim commessationum, & compotationum intemperantia; quod malum non ita pridem in Academiis quoque viguit; atque in nostra optimo publico abolitum est, anno 1668. mense Junio, delegatis ad eam rem solenniter Nobilissimis Amplissimisque Viris ex Collegio Ordinum Novemvirali, D. WILHELMO *van* HAREN, D. TARQVINIO BOELENS. Ex Suprema Curia, D. THEODORO à SCHELTINGA, & JOHANNE BOURICIO. Una cum Magnificis Dd. Curatoribus Academiæ, qui tunc erant D. HERO *van* OCKINGA, SUFFRIDUS ABINGA ab HUMALDA, THEODORUS BAERDT & ALLARDUS PETRUS a JONGESTAL; cum D. ANTONIO KANN, Procuratore Generali; Rectore Academiæ JOACHIMO FRENCELIO Medico, quorum omnium Primus hoc tempore ingenti communis Patriæ bono solus est superstes, quod ut diu fit, plurimum interest Reipubl. & Academiæ, cujus etiamnum Curator est, idque ut in multos annos fit, merito apprecamur. Detur venia rem notabilem heic ab oblivione vindicanti.

Collegiis illicitis pœna arbitraria infligitur: aliquando præter dissolutionem collegii nil gravius patiuntur, *l. 3. pr. D. de Coll. & corp.* aliquando tenentur ea pœna, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica occuparunt, *l. 2. D. eod.* si nimirum seditiosum sit cohibitum.

TIT. XXIII.

De Popul. Action.

POpularis actio est, quæ jus suum populo tuetur, & datur quidem cuilibet ex populo ad agendum capaci: sic tamen, ut is cujus maxime interest, præferatur, *l. 3. §. 1. h.* & Prætor eligat ex pluribus digniorem, *l. 2. h.* Procurator in his judiciis ab actore non potest, a reo potest dari, *l. 5. h.* Ratio est, quia procurator tantum ab eo, cujus interest, datur; actoris autem in his proprie nunquam, rei semper interest, *l. 42. de Procur.* Est & hoc singulare, quod in his judiciis neque fidejussor, neque arbiter, *l. 55. §. ult. de Fidej. l. 32. §. 7. de Recept. qui arb. recep.*

LIB. XLVIII.

TIT. I.

De Publicis Judiciis.

I. Quid Publica delicta, remissive, & noviter.

HAnc rubricam ad Institutiones *ultimo loco* habuimus, unde quæ de natura illorum dicta sunt, intelligi possunt. Justinianus *ibi* cur publica dicantur, hanc rationem reddit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.* Quibus verbis etymologia potius, quam exacta definitio tradi videtur; cum popularibus actionibus, quæ publica judicia non sunt, eadem perfecte conveniat:

II. Differentia a privatis olim hodieque.

Nisi hoc incommodum tollere possis, si pro *executio*, substituas *accusatio*, quæ vox opponitur *actioni*, qualis est *popularis.* Criminibus publicis accusatio sola convenit, *arg. rubr. tit. sequ. & pr. Inst. de publ. jud.* Tu dices, nonne & *executio* parem sensum habet, aut quid ea vox apud Cæsarem vult? Non utique significat ibi effectum & implementum sententiæ, quam

quam executionem vocamus, sed ipsam equidem accusationem: ut *executio criminum, in l. 1. §. 1. de Incend. ruin. naufr.* Executio *publica, in l. 7. §. 1. de Injur.* Attamen & latius patet *executio.* Nam privatorum quoque criminum *executio* dicitur, ut *furti executio*, id est actio, *l. 1. §. 3. de Privat. del.* ne dicam *exequi sermonem*, apud veteres passim. Sit igitur hæc definitio: Publica judicia sunt, quorum accusatio cuilibet ex populo *plerumque* datur, *d. §. 1. l. h. t.* Additur autem plerumque, vel quia multi prohibentur accusare, de quibus *in tit. sequ.* vel quia crimen adulterii novissime tantum quinque personis datur. *l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.* & crimen suppositi partus, non datur aliis quam propinquis, *l. 30. §. 1. ad L. Corn. de Fals.*

2. Quomodo autem a privatis delictis publica differant, *ad pr. d. tit. Inst.* vidimus, & rursus *ad tit. de Extraordin. crimin.* attigimus. Habuerunt, inquam, olim publica Judicia legem certam, formulam, ordinemque, & pœnam certam, *l. 3. §. 2. Stellion. l. 3. §. ult. de Prævar. l. 131. §. 1. de V. S.* Sed primum ordo obsolevit, durante aliquandiu legum pœna, *l. 8. de publ. jud.* Vetusti ordinis rationem exponit Brissonius 2. *Select. antiqu. c. 1.* Dein & pœnæ legum exoleverunt, vindicanturque crimina omnia extra ordinem arbitrio judicis, modo durius, modo remissius, *l. 1. §. ult. l. 13. D. de pœn.* Illud tamen peculiare est, quod publica crimina infamant omnia: extraordinaria non omnia, *l. 7. D. de Publ. jud.* Ipsa vero differentia, quam exprimit definitio, quod accusatio cuilibet e populo detur, nunquam jure civili desiit obtinere. Moribus hodiernis, in plerisque locis Procuratores Fisci criminales accusationes instituunt, ut videbimus *ad fin. tit. seq.* atque ille jus Reipubl. dicitur exequi, ut hoc sensu omnia judicia criminalia recte *publica* vocentur. Alio sensu tamen distinctionem inter publica privataque delicta, suum adhuc usum habere posse, docuimus *ad h. tit. Inst. num. 1. in fin.*

TIT. II.

De Accusationibus & Inscriptionibus.

I. Quid Accusatio & Inscriptio. II. Qui accusare prohibeantur. III. De pœna talionis. IV. Non posse crimen publicum per modum exceptionis opponi. V. Quid moribus.

CUilibet igitur e populo cum accusare permissum fuerit, videndum, quid sit Accusatio: Nihil est aliud, quam *Rei criminis apud judicem persecutio, publicæ vindictæ causa.* Jungitur ei inscriptio, quæ est declaratio Accusatoris, qua profitetur, quem cujus criminis accuset, cujusmodi libelli formulam habemus in *l. 3. h. t. Consul & dies; Apud illum Prætorem vel Proconsulem, Lucius Titius professus est, se Mæviam Lege Julia de adulteriis ream deferre: quod dicat, eam cum Gajo Sejo, in civitate illa, domo illius, mense illo, Consulibus illis, adulterium commisisse.* Unde patet, diei aut horæ adjectionem non esse necessariam, cum in illis oblivio sit facilis. Hisce libellis delatores subscribebant, aut alii pro ipsis, *d. l. 3. §. 2. & l. 7. in pr. h.* ideoque subscriptiones vocantur, pari passu ut inscriptiones, *l. ult. de privat. del. l. ult. de Furt. l. 24. ad L. Cornel. de Fals.*

2. Accusare possunt, qui non prohibentur. Vetantur autem generaliter mulieres, pupilli, milites, magistratus, infames, qui duorum contra diversos criminum sunt delatores, & qui pecuniam accusandi causa acceperunt, *l. 8. h.* qui falsum testimonium dixere, *l. 9.* & qui minus 50. aureis habent in bonis, *l. 10. h.* denique servi, *l. 58. de Jud.* & graviorum criminum rei, *l. 13. C. de his, qui acc. non poss.* Plerique tamen eorum admittuntur, si suam suorumque injuriam persequantur, *l. 2. §. 1. l. 4. & l. 11. h. t.* item in crimine majestatis, *l. 7. & 8. ad L. Jul. majest.* Præterea specialiter prohibentur liberi accusare parentes, *l. 5. C. ad L. Corn. de Fals.* liberti patronos, *l. 8. in f. h.* & consanguinei in crimine atroci, secus in levioribus, *l. 13. & l. 18. C. de his, qui accus. non poss.* Accusatus reconvenire non potest; nisi atrocius, vel idem crimen habeat opponendum, *l. 1. C. de his, qui acc. non poss.* qua de re diximus ad *tit. Quib. ex caus. ad eund. jud.* ad verba QUA REUS. Qui autem ab uno est delatus, ab alio deferri non potest, ob idem crimen, *l. 11. §. ult. h. & l. 9. C. eod.* si diversa sint delicta, manent quidem diversæ delationes, sed una post alteram exercetur, *l. 2. §. ult. de Cust. reor.*

3. Qui in- aut sub-scribit in crimen, obligatus est ad pœnam talionis, si calumniæ convictus fuerit, *l. 2. C. de Exhib. & transmitt. reis. l. 3. C. de His, qui accus. non poss. l. ult. C. de Accus. l. 2. §. pen. ad L. Jul. adult.* Hactenus excusatur tamen a sub-

a subscriptione maritus, jure viri uxorem adulterii accusans, *l. 30. C. ad L. Jul. adul.* Mulier suam suorumve injuriam persequens, *l. 12. C. Qui accus. non poss.* qui parentum vel liberorum necem ulciscuntur, *arg. l. 2. l. 4. & l. ult. de Publ. jud.* nec non inquisitores, aut nunciatores criminum, *l. 7. C. h. l. 6. de cust. reor.* Neminem tamen manifestam calumniam ferre impunitam, ratio & vigor disciplinæ jubet.

4. Cæterum ex eo, quod Accusatio requirit inscriptionem in crimen, aut officium Procuratoris Fisci, recte colligitur, atrox aliquod & publicæ vindictæ crimen, non posse per modum exceptionis, aut incidentis litigii tractari, ut judicatum refert Robertus *1. rer. judic. 14.* in hac specie; Mulier petebat ab herede mariti, dotem & dotalitium; Heres opponebat adulterium, & parricidii in maritum conscientiam, eoque argumento pecuniæ repetitionem negabat: sed judicatum est, non licere per modum exceptionis, aut civiliter, tam atrocia crimina proponere, causam mulieris agente Mornacio. *d. 9. Maji 1585.*

5. Moribus hodiernis, privati non accusant, sed Fisci Procurator, utique alii non solent; non prohibentur tamen legibus, & si velint privati, non videntur excludendi, maxime si Fisci procurator nolit, ut fit, aut non possit. A. Matth. *ad lib. 48. ff. tit. 20. Cap. 2. n. 2.* Sed de usu hodierno, ad *tit. seq.* distinctius & pressius agendum.

TIT. III.

De Custodia & Exhibitione reorum.

I. Quid si nullus sit Accusator; judicem ex officio inquirere in crimina. II. Quid juris, si reus non includatur. III. Quis ordo procedendi, si reus includatur. IV. An tum litis contestatio, interlocutio, & cætera judiciorum ordinaria fiant. IV. Summa differentia judicii criminalis, & quid alibi sit processus inquisitorius. VI. De carcere singularia quædam.

QVod si nullus fuerit Accusator, Reipubl. tamen utilitas non patitur, ut crimina relinquantur impunita. Leviora quidem sine accusatore facilius transmittuntur, *l. 38. §. 7. ad L. Jul. adult. l. 6. §. 2. de Muner. & honor.* Sed latrones, sacrilegos, plagiarios, fures, omnesque maleficos, Præsides conquirere, & prout quisque deliquerit, animadvertere debent, *l. 13. in pr. de Off. Præs. l. 4. §. 2. ad Jul. pecul.* Ideo debent habere homines, qui referant ad eos, quid in urbe provinciave agatur, *l. 1. §. Qui ex. 12. de Off. Præf. urb.* Tum vel ipsi illos comprehendi jubere debent, vel scribere ad Magistratus, ubi factores agere dicuntur, & desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur. Solennia quidem accusationis tum usum non habent, *l. 7. de Accusat.* Sed tamen causæ cognitione exacta opus est, *d. l. 7.*

2. Primo quidem, an Reus in carcerem sit recipiendus, vel liberiori custodiæ tradendus, an fidejussoribus sit committendus, aut etiam sibi, sub hypotheca bonorum suorum, *l. 1. & l. 3. h. t.* Quod si crimen & persona sit ejus generis, ut non dubitetur, quin e vinculis causa dicenda sit, statim comprehendi jubetur, *d. l. 7. h. t.* Si crimen sit ejusmodi, ut pœna sit infra relegationem, Reus simpliciter in jus vocari potest, & mittere procuratorem, *l. 1. D. An per al. caus. appell.* Quod si justa dubitandi ratio sit, Reus citatur ut ipse veniat; & prima tum quæstio est, an carceri sit includendus, quod cum judicem perpendere oporteat, *d. l. 1. h.* causæ cognitione, saltem opus est extraordinaria. Si placuerit eum dimitti, fit hoc cum stipulatione judicio sisti, sub pœna confessi & convicti, firmata satisdatione, pro tali summa, quæ judici par commisso visa fuerit: Fidejussor autem elapso tempore, quo sistere eum debuit, sex mensium habet spatium, ut reum sistat, antequam ad solvendam mulctam teneatur; aut si nullum tempus sit adjectum, postquam desideratus fuerit; nisi defendere eum malit, si causa per Procuratores agi possit, quod tamen non permittitur post elapsos sex menses, ad reum conquirendum indultos, *l. 26. C. de Fidejussor.* Cum autem promissio sistendi reum indefinita sit, fidejussor non liberatur, nisi, quoties requisitus fuerit, eum exhibeat, *d. l. 26. in pr.* non tamen post appellationem. *arg. l. pen. Judicatum solvi.*

SCHOLIUM.

Sed vereor a Cautione judicatum solvi, de qua loquuntur textus citati, ad cautionem, judicio sisti, hic argumentum procedere.

RESPONSIO.

Lex pen. *de cautione judicatum solvi loquitur, sed* lex 26. *de judicio sistendi causa diserte: Argumentum autem, quod ex* l. pen. *ducitur, evidens*

dens est; Nam si judicatum solvi, quod ad rem spectat, fidejussio non extenditur ultra primam instantiam, qua tamen de re ad tit. jud. solvi. *egimus; certe judicio sisti, quod semper fit apud certum judicem, ad diversi judicis auditorium nullo modo extendi potest.*

N. ADDIT.

Jam consentio. Et potest adeo Scholium omitti.

Fit etiam aliquando, ut media inter carcerem & satisdationem via servetur; qualis erat libera custodia in ædibus Magistratuum, & custodia militaris, quando Rei militibus alligati in ædibus suis servabantur, ut Paulo Apostolo accidit *Actor. ult. cap.* Sic etiam hodie, quando crimen est dubii eventus, incerto vulneris statu, Rei notabiliores domi suæ, quandoque missa manu militari, custodiuntur, sed ad breve; donec aut sub cautione dimittantur, aut in artiora vincula conjiciantur, ut sæpius usu venit.

3. Verum quoties ex continenti reus carceri includitur, jure civili datur laxamentum XXX. dierum ad mœstos penates componendos, *l. 2. C. h. t.* quod moribus hodiernis nusquam servatur; Etsi quidem ab Irenarchis veniant, quorum vicem apud nos hac parte Magistratus inferiores exhibent, Præses sive superior judex, qui de crimine cognoscendi facultatem habet, elogium examinat, quo Irenarchæ reos prosequi debent, cum interrogationibus rei & testium, *l. 6. h. t.* ut tamen hæc tantum præparatoria sint; Rei ex integro audiendi, & *inquisitio, ἀνάκρισις*, instituenda, *d. l. 6.* Qua gratia prius quam examinati fuerint, nemo ad illos admittitur, ne consilio instruantur. Si contingat eos crimina fateri, sine ulteriore judicii ordine sententia fertur; Nam & hac parte valet regula, confessos omnino damnandos, *l. 3. de Confess.* Si vero neget, quis ordo tum fit observandus, ubi per *inquisitionem* fine accusatore proceditur, non est in jure definitum, quod sciam. In Rescripto divi Pii, quod extat in *d. l. 6. h. t.* habetur, Præsidem debere venire jubere *τὸν Irenarchen, ut is quod scripserit, exequatur*; sed hoc fit in eum finem, ut siquidem Irenarchæ fideliter & diligenter fecerint, collaudentur, si parum prudenter, adnotetur simpliciter, *irenarchen minus retulisse;* Si quid maligne fecerit, *vindicatur in exemplum, d. l. 6.* Sed irenarchem, aut Fisci procuratorem, accusatoris partibus fungi, & solito judiciorum ordine procedi ab illis, non invenio in Jure nostro.

4. Vir tamen juris prudentissimus Antonius Matthæus *ad h. tit. cap. 1. n. 3.* scribit de processu Inquisitionis hoc modo; *Sane* quæ ad substantiam judiciorum pertinent, ea non minus in inquisitione atque accusatione observanda sunt, cujusmodi est litis contestatio, quæ narratione actoris & contradictione Rei constat, replicatio, duplicatio &c. Probationes, legitimæ Dilationes, Renunciationes, Conclusiones, Sententia. Nec absurdum videri debet, nos litis contestationem exigere; non enim tam judex, quam Procurator litem cum reo contestatur. Hactenus D. Matthæus, tanquam ex sententia juris Romani. In quibus ego quidem nihil quam textus auctoritatem desidero; Nam quos ipse præmittit, ex quibus ea dicta colligit, nihil ejusmodi loquuntur. Hoc scio, nihil in illis verbis, nisi quod dignum est jurisprudentia Romana, contineri, & quod in nostro Foro, juris Civilis convenientia inprimis gaudente, non exacte servetur. Quid enim æquius, quam reis criminum non præcidi disceptationem, qualis pecuniæ reis nunquam denegatur? sed quando Procurator Fisci adversus infitiantem reum, quicquid potuit, produxit, si res ad tormenta venire debeat, hac gratia fit interlocutio, qua de re *ad tit. de Quæstion.* & tunc res iterum a via Judicii ordinaria, ad inquisitionem officii deducitur, donec in sententiam definat. Quando igitur Accusator e populo nullus est, tum res incipit ab *inquisitione*, & in casu confessionis, eodem modo terminatur. Cum infitiante proceditur ordinaria juris via; donec res ad tormenta pervenerit, quo casu rursus ad meram inquisitionem delabimur. Hæc fit juris civilis sententia, ut est sine dubio, expressa imago nostræ praxeos criminalis, & quidem unicæ: Nam accusatores e populo, etsi nulla lege prohibeantur, in tritura fori tamen penitus ignorantur. In hoc etiam consentimus Romanis, quod solus Præses provinciæ, id est suprema Curia, merum imperium & criminum cognitionem exercet, hoc uno discrimine, quod jam notavimus, Irenarcharum officium, quod olim fuit, a Judicibus inferioribus eorumque ministris exerceri, ut nostris Statutis *lib. 2. tit. 3. seqq.* cautum est.

5. Res igitur huc redit, ut jure civili moribusque nostris, distinguendum sit inter Accusationem, quæ fit reo in vinculis, aut extra vincula constituto: Quando est in vinculis, initium fit ab inquisitione, ut si confiteatur, aut appareat innocens, statim procedatur ad condemnationem, vel ad absolutionem.

solutionem. Contra negantem, non audiuntur aut exhibentur testes, vel tormenta decernuntur, sed fit litis contestatio inter Procuratorem Fisci & Reum, solitaque judicii forma servatur, quæ adversus reum carceri non inclusum unice ac inde ab initio exercetur. Sed moribus aliarum gentium *Processus inquisitorius* vocatur, quando adversus reum summarie proceditur, examinatione secundum articulos facti instituta, testibus etiam reo coram auditis, denique tormentis, si res ferat, applicitis, usque dum sententia feratur: eique opponitur Processus ordinarius, in quo per Fisci procuratorem, aut alicubi per privatos accusatores, fit postulatio, Rei contradictio, replicatio, duplicatio, probatio, reprobatio, & cætera judicii consueta. Nec raro fit, ut postquam Reus diu per inquisitionem excussus & male habitus est, adhuc in ordinario processu recipiatur, quo a jure civili, dixerim & ratione, nihil est alienius. Agit hac de re prolixe Carpzovius *pract. Crim. Qu. 107.*

6. Porro quod ad carcerem attinet, notandum est, eos, qui disparis sunt sexus, simul includendos non esse, *l. 3. C. hic.*

Officium ejus, qui carceri præponitur, est, in commentarium referre eos, qui in carcerem conjiciuntur, (unde Commentariensis dictus,) & judici singulis mensibus eos ingerere, *l. ult. C. hic.*

Præpositus carceris & alii custodes, sive milites sint, sive pagani, ob custodiam amissam, (id est personas custoditas, *l. 8. l. 10. l. 12. & l. ult. hic.*) pro modo culpæ puniuntur, *d. l. 8. d. l. 12. & l. ult. hic.* & ex constitutionibus eadem pœna, (quod ob culpam sane durum, neque servatur.) qua is, qui aufugit, puniri debeat, afficiuntur, *l. 4. C. hic.*

Qui non reos, sed jam convictos damnatosque emittunt, & vindictæ publicæ suffurantur, merito, cum majestatis rei sint, gravius puniuntur, *l. 3. §. fin. & l. 4. ad L. Jul. Majest.*

Magistratus inferiores etiam mulctantur, si temere & sine causa custodias dimittant, *l. 10. hic.* Si injuste quem custodiæ tradant, * aut cognita innocentia captivum diutius detineant, ad interesse, & injuriarum nomine tenentur, *arg. l. 32. de Injur.* idque apud nos, ubi Magistratus hac parte Curiæ Supremæ subjecti sunt, frequenter usu venit.

Tit. IV.
Ad Legem Juliam Majestatis.

I. Remissio, & summa rerum. II. Querela de pravo regimine civitatis, an ad hoc caput pertineant. III. De crimine Majestatis analogice dicto. IV. Quatenus sola scientia puniatur. V. Pœna perduellionis. VI. Majestatis in specie. VII. Quæstiones quædam ad l. Quisquis C. h. t. *VIII. Moribus numquid secus.*

HOc crimen & ejus pœnam, cum Majestatis in specie, tum Perduellionis, quorum hoc est primi, illud secundi capitis Legis Juliæ, *l. 2. in fin. h.* apud *Inst. tit. de Publ. judiciis n. 3. & 4.* declaravimus: quorum hæc est summa, nonnullis adjectis. Majestas proprie est amplitudo & dignitas, a magnitudine sic dicta, unde Magistratibus, ut Consuli a Cicerone *orat. in Pis.* & Prætori *in l. pen. de Just. & jur.* tribuitur. Per excellentiam vero de summis potestatibus ea vox potissimum usurpatur, adeoque jam obtinuit, ut pro ipsa potestate summa promiscue accipiatur.

Igitur hujus criminis tenetur, qui dolo malo læsit summam potestatem, cui subjectus est; nam qui non est subditus, hostis duntaxat sit, *l. 1. §. 1. h.* Enimvero non interesse, quæ sit forma Reipubl., novissima Politices fundamenta docent.

Potest dici, crimen hoc esse proprium, vel improprium. Illud, quod committitur contra summum Principem; & modo generis nomen retinet, modo in specie Perduellio dicitur, *§. 2. Instit. de publ. jud. l. ult. h. t.*

Perduellio, inquam, est, cum quis hostili animo contra salutem Principis, vel Reipublicæ, aliquid molitur, *d. l. ult.* Dixi *ad tit. Inst. ult. n. 8.*

Majestatis in specie crimen variis modis fit; uti statuas & imagines Principis violando, *l. 6. & l. 7. §. ult. h. t.* vectigalia nova absque ejus autoritate imponendo,

* Jure nostro injuste incarcerati, pro singulis diebus & noctibus multam 30. solidorum, sive 40. grossorum, petere possunt. Landr. *l. 2. art. 34.* Carpz. *Pr. Cr. qu. 3. n. 71. sq.* Id. *l. 6. Resp. 95.* ad quam solvendam pars quoque, quæ injuste incarcerationem petit, obstringitur. Carpz. *d. R. n. 15.* Coler. *dec. 164.* atque ita resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Mart. A. 703.* Actio autem, qua hæc multa petitur, cum ex moribus descendat, non annalis est, sed perpetua, ceu pronunc. *Supr. Cur. Prov. Lips. An. 1704. Term. Cruc.* conf. Rauchb. *P. 1. qu. 38. n. 37.*

ponendo, *l. 2. 3. 4. eod.* monetam adulterinam cudendo, *l. 2. C. de falf. monet.* Si quis confeffum in judicio reum ac propter hoc in vincula conjectum, emiferit, *l. 4. D. h. tit.* Si quis fciens falfum fcripferit, vel recitaverit in tabulis publicis, *l. 2. D. h. tit.* Si quis privatum carcerem habuerit, *l. 1. C. de priv. carcer.* Si Magiftratus provincialis accepto fucceffore, ante quinquagefimum diem non excefferit provincia, *l. un. C. Ut omn. jud. tam. civ. quam milit.*

2. Quæfitum eft, an Querela de prava civitatis adminiftratione, referri poffit ad crimen læfæ Majeftatis, faltem in fpecie dictæ; quod ita vifum Ordinibus Frifiæ, cum hinc ante decennium nonnulli cives querelam ejusmodi ad Ordines Generales detuliffent, Edicto *d. 14. Februar. 1678.* a Curia tamen Suprema, poftulante Procuratore generali, re judicata non eft firmatum. Querela quidem in genere, petitioque reformationis non poteft huc referri, fed eft jus civium, fupplicare in eum finem: ut recte judicatum in Anglia nuper, cum Reges noviffimi petitiones fibi oblatas, hujus pene criminis nota infignitas velle vifi fuiffent. In noftra Republica ejusmodi petitiones vocantur *Doleantien, Querelæ dolentium* Reipubl. caufa, cujusmodi plures olim fuere, quarum una infignis, principe Philippo Auftriaco II. anno 1554, de qua plures egregiæ Conftitutiones emanarunt, quarum fpecimina videre licet in *3. Statut. tit. 2. art. 4. 14. 15. 19. 22. 25. 52. 56. Tit. 3. & alibi.* Dicendum tamen eft, fieri poffe, ut ejusmodi Querelæ ab hoc crimine non fint alienæ. Primo, fi fiant ad exteras Poteftates; quia cum jus Supremæ provocationis, fit jus Majeftatis, fi quis ad exteros querelas & petitiones reformatorias deferat, jus Majeftatis, cui ipfe fubjectus eft, manifefto lædit: etfi forfitan ad amicos & fœderatos fiat, quomodo in prædicto cafu majeftatis rei declarati funt, qui preces fuas ad Ordines Generales Belgicarum Provinciarum detulerant, etfi de talibus negotiis, quorum primo conftituendorum Ordines Generales arbitri, atque, ut ajunt, mediatores fuerant. Quanto fœderis arctitudo magis ad fpeciem unitatis imperii accedit, tanto metus & periculum, ne fub prætextu fœderis amicitiæque pars aliqua imperii invadatur, propius exiftimatur. Præterea, fi prætextu Querelæ feditio & res novæ a factiofis hominibus quærantur, quod fæpius ufu venire, docet experientia, non eft dubium, quin hæc res non modo ad Majeftatis in fpecie dictum crimen, fed etiam ad perduellionem attinere poffit. Egimus hac de re latius in *Jurispr. Hod. part. 2. lib. 3. c. 16.*

3. Addendum & hoc ad hujus criminis differentiam, quod fit perduellionis vel majeftatis tam proprie quam analogice dictæ, ut *fuperius* indicatum eft. Majeftatem analogice dictam intelligimus eorum, qui Superiorem quidem agnofcunt, fed regalia & conformatam per fe habent Rempublicam, at fubordinatam, cujusmodi creduntur effe Principes & Liberæ civitates Germaniæ, quibus *Superioritas*, non Majeftas adfcribitur. Quanquam fi quod res eft, loquendum fit, illa *fuperioritas* Principum Germaniæ, fi ab effectis recte argumentamur, quod in civilibus infallibile, nihil eft aliud quam *Summa* Poteftas: Hæc autem Majeftas vocatur. At quia folus Imperator hac voce per excellentiam utitur, qui nec Regibus extra Imperium illud adfcribit, Principes fummam poteftatem fuam alio nomine circumdant, invidiæque fubducunt. Sed nominibus fepofitis, nihil erraverit, qui legem Juliam, feu crimen *fupra* definitum, quando aliquis læfit fummam poteftatem, cui fubjectus eft, etiam Germaniæ Principibus directe & proprie convenire dicat. Forte magis appofitum Majeftatis analogice dictæ exemplum, eft in Societatibus Indicis, quæ jura fummæ poteftatis in ditionibus fibi fubjectis accipiunt ab Ordinibus Belgicarum Provinciarum: quæ fub alio fole exerceant. Heic, utpote domi, funt Privati omnique jure privatorum utuntur; fed in ditionibus fuis omnia jura Principatus exercent, dependenter ab Ordinibus, a quibus illorum acta poffunt infirmari. Si quis hoftilia contra eos in locis fui privilegii committat, an hic Majeftatis teneatur, Belgicorum Jurisconfultorum fententiis, fuperioribus annis agitatum eft, in caufa Kœymanni cujusdam; qui adverfus Societatem Indiæ occidentalis, cui ferviebat, hoftilia machinatus erat in Africa cum duce barbarorum, cui nomen *Jan Claeffen* a noftratibus erat inditum. Publicatæ funt typis fententiæ, quarum aliæ Majeftatis, refpectu Ordinum, aliæ tantum atrocis injuriæ crimen, admiffum ftatuebant. Verius fuit, effe crimen hujus loci, analogice fumptum; eademque analogia puniendum, quod etiam fecuti funt Judices Amftelodamenfes, homine condemnato in gravem mulctam & ad opus publicum longi temporis. Cæterum, adverfus Magiftratus, etfi non habeant fummam poteftatem, fi tamen fummam Reipubl. adminiftrant, verum crimen Majeftatis committitur, *l. 1. §. 1. h. t. l. 5. C. h.* ideo quia Prin-

cepe

ceps aut populus liber, per latus eorum impetitur, utique si publico respectu impetantur, idque Statutis nostris infertum, *l. 3. tit. 5.*

4. Cum autem lex Julia dolum malum requirat, *d. l. 1. §. 1. h. t.* non est rationis, ut sola scientia silentiumque pœna adficiatur ordinaria, quod tamen Cæsares in *l. 5. & l. 6. h. t. de conſciis* statuunt. Multi equidem conscios illic non simplicis scientiæ silentiique reos, sed homines perduellium consiliis immixtos illigatosque intelligunt: cum alioqui sola scientia in gravioribus delictis mitius extra ordinem puniatur, *l. 2. D. Ad L. Pomp. de Parricid.* juncta *l. 6. eod.* Sed Arcadius & Honorius in *d. l. 5.* tam rigide sanciunt, etiam contra liberos, & contra eos, qui cogitaverint tantum, ut dubitari non possit, quin solam conscientiam ordinaria pœna coërceri voluerint, quem rigorem universæ fere praxis Europæ servat; exemplis ubique existentibus, ut tamen ad perduellionem duntaxat, illud, non ad Maj. in specie commissa pertineat, quemadmodum nostra statuta, *si qui seditiones excitent contra Summam potestatem aut ejus Rectores, vita bonisque mulctabuntur. Eadem pœna locum habente, si quis eam rem cognoverit & conscius sit, neque detexerit & significarit. lib. 2. tit. 15.* Nec tamen ideo non sentiunt docti & indocti, rectius consulere Principes ordinesque Rerumpubl. si extra ordinem mitius in tales consulant, ut Richelio Cardinali nec ἐφημέριοι viventes, neque posteritas ignoverit, quod Franciscum *Thuanum*, quicum fœdus, quod Regis frater aliique proceres cum Hispano Rege fecerant, communicatum fuerat, etsi improbasset, quia tamen non detexerat, summo jusserit inclementer adfici supplicio. Res nota est, & plura id genus alia passim. *

5. Pœna perduellionis, olim fuit aquæ & ignis interdictio, Paul. *5. sent. c. 29.* dein capitis, *l. 3. h. t.* ut gladio feriantur, bonis omnibus fisco addictis, *l. 5. C. h. t.* quod Paulus honestioribus adscribit, humiliores ait bestiis objectos, aut vivos fuisse exustos; Filiis reorum, vitam Imperiali lenitate se concedere, testantur Honorius & Arcadius, etsi paterno perire deberent supplicio, ut ipsis videtur; sed excludunt eos ab omni successione, tam legitima quam testamentaria infamia æterna notantur: ut ad nullos honores, ad nulla sacramenta perveniant: denique tales sint, ut *perpetua egestate sordentibus mors solatium, & vita supplicium sit, d. l. 5. §. 1. h.* Filiabus quarta bonorum maternorum duntaxat relicta, *§. 3.* Emancipationibus, dotibus, donationibus a perduellibus factis non valentibus, *§. 4.* Impunitate promissa reis, si incognita adhuc consilia detexerint, præmio quoque addito, si quis in exordio initæ factionis id occupaverit, *§. ult.* Denique, si quis pro perduellibus aut eorum liberis deprecari tentaverit, is infamia notatur, *§. 2.* Hic rigor quantum quidem ad liberos attinet, hodie merito non servatur, etsi post se relinquat quarundam gentium antiquarum, ut Macedonum & Persarum leges, quæ perduellium liberos eorumque cognatos omnes supplicio addixisse leguntur, quod & ipsis Romanis aliquando servatum, uti a Tiberio in Sejano apud Tacitum *lib. 5.* a Severo in Cleandro, idemque in Albino *apud Lamprid. & Capitolin.* Quin Ciceronis ea vox scribentis *ad Brutum*; Id omnium civitatum esse commune, ut parentum scelera liberi luant, *quo liberorum charitas amiciores Reipubl. parentes reddat.* quod tamen ibi de publicatione bonorum, quæ parentum fuerunt, & quæ non est pœna liberorum, nisi per consequentiam, intelligit.

6. Hæc scil. in perduellione: Majestatis in specie crimen, morte simpliciter adficitur, *l. ult. h. t.* & improprium arbitraria pœna, pro meritis circumstantiarum plectitur. Corvin. *h. t. in fin.* quandoque relegatione, vel etiam pecunia, ut Ordines Frisiæ *dolentibus* contra & extra Remp. imposuerunt, in relato *superius* Edicto.

7. Sed quod modo de liberis perduellium dictum est, quær. Nepotes an filiorum appellatione in hac L. contineantur; Videntur non contineri. Ratio est: In odiosis filiorum appellatione nepotes non comprehenduntur; eadem ratione, nec ad adoptivos, nec ad naturales filios prædictam constitutionem pertinere, dicimus. Illud non dubito, pertinere eam æque ad filios ante commissum crimen natos, atque eos, qui post commissum crimen nascuntur; Etiamne ad emancipatos? Videtur; adde D. Wissenbach. *h. t.*

Cum liberi damnatorum priventur jure faciendi testamenti; quæri potest, utrum hereditates eorum fisco vindicentur, an vero legitimis heredibus

* In Belgio etiam, quod verecunde tacit Huberus, Groenefeldius, Joannis Oldenbarneveldii, sanctæ sed infelicis memoriæ senis filius, quod hostilem animum Fratris Stautenburgii, quo in Reipublicæ Belgicæ Principem Mauritium animatus fuerat, tacuisset, capite plexus est. De Jure puniendi silentium in hoc crimine, confer. Ill. Gundlingium in *Singularibus ad L. Majestatis*, capite maxime IV.

dibus ab intestato deferantur? Benignius est, ut legitimis dicamus. A. Matth. *de crim. disp. 3.*

Sunt & alia in exercendis majestatis judiciis singulari jure constituta: Ut quod famosi, qui jus accusandi non habent, & mulieres, & milites, qui alienas causas defendere non possunt, & servi quoque deferentes audiuntur, & quidem dominos suos, & liberti patronos, *l. 7. & l. 8. D. h. t.* Quod dignitas nulla in his quæstionibus a tormentis excipitur, *l. 5. C. h. tit.* cum alias digniores non facile torqueantur, *l. 8. & l. 16. C. de Quæst.*

8. Hæc a moribus hodiernis aliena non sunt, nisi quod Liberi pœna Parentum, ut diximus, non involvuntur, nisi per consequentiam publicationis bonorum, & per ademtionem insignium privilegiorumque natalium, quibus & posteri æque privari intelliguntur, quo ita viribus ac honoribus illis subductis Reipubl. minus periculi ab illis immineat. Quo respectu Cicero legem Corneliam de Proscriptorum liberis ab honoribus excludendis, defendit. etsi Plutarchus *in vita* Syllæ, iniquitatis eam partem legis accuset maxime. Quid igitur ad hæc; *Filii quoque cognatique omnes, etiam innoxii, supplicio tradebantur, ne quisquam aut ad imitandum facinus, aut ad mortem ulciscendam, ex tam nefaria domo superesset.* ut Justinus *lib. 21.* quod ad superiora referendum. Plura Carpzovius *part. Crim. 1. Quæst. 41.*

TIT. V.

Ad Legem Juliam de Adulteriis.

I. Adulterium nonnisi in nupta committi. II. Remotis Carpzovii rationibus. III. Pœna adulterii jure civili. IV. Quid moribus. V. Lenocinii pœna. VI. An & in sponsam adulterium committatur. VII. Quid in muliere nupta meretrice. VIII. Polygami, an adulteri, & de Pœna illorum. IX. De Pœna incestus. X. De stupro remissive, & de scortatione. XI. De Lenonum pœna. XII. De Venere monstrosa. XIII. De Masturbatoribus. XIV. De Accusatione adulterii &c.

ADulterium jure civili, *l. 6. §. 1. h.* & divino, *Levit. 20, 10. Deut. 22, 22.* in nuptas solummodo committi, recepta ab omnibus est sententia, a nobis probata *tit. Instit. de publ. jud. n. 5.* quam novissime improbat Carpzovius *part. 2. pract. crim. Qu. 52. Quis ausit*, ait, *negare, maritum se cum innupta miscentem, fieri perfidum, injuriam conjugi inferre, ac unitatem dissolvere matrimonii?* Nemo id, opinor, neget, nec quicquam eorum, quæ prolixe e sacris accumulat, ut probet virum æque fidem thorumque violare conjugalem, ineundo virginem, quam mulierem cœlibi succumbendo; cum uterque jus idem in corpus alterius auctore Apostolo ad *Corinth. 7.* habeat. Sed Lex Romana totum facti reatum, quem mulier nupta sustinet graviorem, considerat. Nam viro magna est, omnium gentium reputatione, contumelia, uxorem habere adulteram; mulieri nulla, sed miseratio favorem magis conciliat. Viro periculum est a partus suppositione, qua non potest esse atrocior injuria; quod uxori nullum est. Hæc cum præter fidei conjugalis violationem in congressu cum nupta concurrant, male denuo Carpzovius Adulterium definit per *violationem fidei thorique conjugalis, d. loco n. 48.* Quamvis hoc ei concedimus, Existimatione populorum hodierna, postquam Adulterium crimen ubique fere pecuniarium est factum, æque in mulctas incidere viros quam fœminas, vulgoque adulterium sola violatione thori conjugalis intelligi. Quod si exemplo juris divini & Romani pœna capitalis reduceretur, non dubito, quin sententia juris utriusque hodieque prævaleret, aut prævalere deberet.

2. Quæ Carpzovius ex jure civili profert in contrarium, ex eo, quod diximus, facile refellas; Matrimonium, ait, est contractus reciprocus, Ergo viri & uxoris eadem ratio; Recte, si quidem violatione fidei conjugalis adulterium absolveretur, quod cum aliter se habeat, hæc ratio, & quæ ex *l. 1. C. h. t. l. 7. & l. 23. ibid.* in quibus violatio de adulterio prædicatur, adferuntur, evanescunt. Item ex *l. 13. §. judex. h. t.* ubi iniquum esse traditur, viros ab uxoribus exigere fidem, quam ipsi non præstent. Hæc enim similiaque virum æque perfidum ac mulierem, non æque adulterum esse probant. Opponit *l. 13. h. t.* ubi in concubina dicitur adulterium committi, quæ nupta non est. Resp. Concubinatus imitamentum matrimonii & per leges nomen adsumsit, si modo sit talis concubina, quæ matronæ non amiserit nomen, *d. l. 13. pr. & l. 3. §. 1. de Concubin.* Hæc nihil ad eludendos textus claros, qui adulterium nonnisi in matresfam. committi tradunt, *d. l. 6. §. 1. l. 13. §. 2. l. 34. §. 1. h. l. 101. l. 125. in med. d. V. S.* quibus accedit

accedit *Lex 2. C. h. t.* ubi violatio matrimonii & adulterium apertis verbis distinguuntur. Eludit tamen illas Carpzovius distinctione simplicis & duplicis adulterii. Hoc committi respectu personæ facientis, illud etiam respectu patientis; Leges illas loqui de duplici adulterio respectu patientis; Respectu facientis adulterium intelligi, cum vir solutam corrumpit. Sed probandum erat, id quod simplex appellat ratione solius facientis, per leges, adulterii nomine censeri.

3. De pœna Adulterii, quæ fuit olim ex Lege Julia, & quæ est jure novo, quod satis est, diximus *ad Inst. n. 6.* nec plura post tot alios addere libet; nisi causam scire libeat, quamobrem Justinianus in *Nov. 134. c. 10.* mulieribus pœnam capitalem remiserit, ejus loco substitutis virgis & claustro monasterii, virosque omnino adhucdum gladio puniri voluerit, contra rationem juris antiqui, quod mulieres, ut dictum, gravius delinquere statuit. Quin mulier spem redeundi ad virum matrimoniique redintegrandi habet, si maritus amoris adversus eam memor emolliatur; potest enim cis biennium eam repetere, quo non facto neglecta vel morte viri destituta, perpetuam monasterii habet mansionem, *d. Nov. 134. c. 10.* Hanc distinctionem in Germania hodieque servari, testatur Carpzovius *d. Qu. 53. n. 27. ex Constitutione Crim. Caroli V. art. 120.* rebusque judicatis idem illustrat, virum & mulierem adulterii convictos, illum quidem gladio feriri, hanc virgis cædi & monasterii loco in perpetuum relegari, nisi conjuges illis ignoverint, quo casu matrimonium redintegratur, ad exemplum *d. Nov. 134. c. 10.* ut tamen Germani utrosque tum solum vertere jubeant, Carpz. *d. Qu. 53. n. 33.* Idem de ratione probabili hujus differentiæ laborat, admodum frustra *n. 11. & seq.* Nec potest opinor, alia reddi, quam quod Vir satis in una *τὰν παιδοποιὸν ἀδονὰν*, ut Jocasta loquitur *in Phœniss. Eurip.* explere possit: Mulier facile plures exerceat, nec unius consuetudine tentationes carnis, pro sexus infirmitate, scilicet, evitare posse videatur. Quæ ratio tamen Augustæ (scenicæ olim) Theodoræ, quam satis constat minime in hoc genere fuisse morosam, quam Justiniano Cæsari adscribenda videtur, illa sane, quam hoc, erat dignior.

4. Alibi, ut in Saxonia, merito sublatum est hoc discrimen, ut mulier æque capite puniatur ac vir, si duplex sit adulterium: In simplici distinguitur, Cælebs rem habens cum nupta, gladio feritur, etiam mulier, nisi vir ei ignoverit, eamque retinere velit: quo casu cum illa in exilium proficisci debet, adultero nihilominus capite puniendo. Maritus vero cum sola virgine viduave scortove se miscens, etiam capite punitur, sed mulier soluta nonnisi virgis tum cæditur, ut Carpzovius prolixe *Qu. 54.* Quæ an per omnia rationi conveniant, non disputamus. Præferenda sane meritissime plerisque Europæ moribus, pecunia vel levi admodum pœna tantum flagitium transmittentibus. Non iterabimus querelas de indulgentia horum temporum, alibi locorum passim obvias, & tantum non ubique ludibrio habitas. Ordines Frisiæ *anno 1586. d. 18. Martii* constituisse in adulteros, cælibes aut conjugatos, idque sine discrimine sexus, pœnam capitalem, notatum invenio in notis *MS. D. Saekma ad tit. 11. lib. 2. art. 3.* sed nunquam usu receptam esse, apparet ex eo, quod anno 1601. cum & Curia Suprema & Præsules Eccl. urgerent pœnam juris divini, nihil quam hæc sanctio elici potuit; *Quoniam mulcta adulterii lege Saxonica* (peculiari heic loci, cum Albertus & Georgius ex Saxonia Duces heic rerum potirentur; nam jus commune Saxonicum a pœna juris civilis non discrepat, *Const. 19. part. 1.*) *constituta, vilissima reperitur, gansch te gering*, posthac duplum *ejus summa* pro adulterio solvetur, nempe 50. floreni *primo*; Iterum 75, Tertia vice centum, cum interdictione honorum. In hoc desiisse Reformationem nec amplius impetrari potuisse, graviter dolent in *dd. not.* D. Saekma & Herbajus, nec eam sine scandalo atque horrore legi posse dicunt. Quanti certe querelæ & obtestationes habitæ fuerint, non poterat insignitius demonstrari. Deinde tamen anno 1619. mulcta rursus aucta est in duplum, ad ducentos florenos, identidem cum interdictione honorum tertia vice, vel si non solvendo sint, virgis cæduntur, idque ita servatur; An deprecatio & remissio conjugis innocentis, maritum vel uxorem a pœna corporali ob paupertatem eximere posset, non memini usu venisse quæri: Forte non immerito ad exemplum Germanorum, in honorem matrimonii fustigatio in aliud genus longioris carceris, aut relegationis converti posset. Late Carpzovius *Qu. 55.* Enimvero Sandii sententia, quod pœna Statutaria non tollat pœnam juris divini, non utimur, ut relata, & improbata est *ad tit. de Re Judic. n. 21.*

5 Præter istam adulterii pœnam ex lege Julia, Lenocinii * ex eadem lege tenetur, qui adulterium

* Si lenocinium exerceatur a marito vel parente, pœna gladii, si ab iisdem citra quæstum, fustigatione coër-

aut stuprum suasit, *l. 12. h. t.* qui quæstum ex adulterio uxoris aut viri fecit, *l. 2. §. 2. l. 1. & l. 29. h. t.* qui infamandæ uxoris causa adulterum subjecit, ut deprehenderet, *l. 8. & l. 9. eod.* Cujus ope & consilio, vel dolo malo, in adulterio deprehensi ut se redimerent, factum, *l. 14. pr. eod.* qui pro comperto adulterio vel stupro celando pecuniam accepit, *l. 8.* Lenocinii pœna olim eadem erat cum pœna adulterii, *l. 8. hic. l. 2. & l. 9. C. eod.* nempe relegatio aut deportatio, *l. 37. de Minor. l. 29. hic.* hodie est in mangonibus & lenonibus ultimum supplicium, *Nov. 14. §. 1.* in reliquis arbitraria, atque extraordinaria, *l. 1. §. qui puero. de Ext. crim.* Wissenb. *hic. n. 16.* Quod autem lex Julia viri quoque patientiam punit ut lenocinium, eo quod compertam adulterii conjugem, cui deberet irasci, retinuit, quando ignorantiam excusare non potest, aut adumbrare patientiam prætextu incredibilitatis, ut Papinianus docet in *l. 23. pr. h. t. l. 2. C. h. t.* ea tamen severitas non excludit remissionem retentionemque pœnitentis uxoris & deprecantis, sed indulgentiam adversus perseverantem, ut monuimus ad *tit. de Divortiis n. 13. sub fin.* & patet *ex l. 11. C. h. t.*

6. In sponsam quoque alterius, adulterium committi, volunt juris auctores in *l. 13. §. 3. h. l. 7. C. h. t.* quo facit, quod Hoseæ *c. 4. v. 13.* scriptum est, *sponsæ vestræ adulteræ erunt:* & qui sponsam corruperit, cum ea capite punitur jure divino, *Deut. 22. v. 23.* quod de Sponsis, quæ per verba præsentis temporis acceptatæ sunt, non habet difficultatem, de Sponsis futuris & proprie dictis, prædurum videtur Covarruviæ in *lib. 4. Decretal. part. 1. c. 1. n. 8.* qui censet potius, injuriæ atrocis actionem sponso futuri temporis esse dandam; non sine ratione, si verum est, adulterium in nuptam committi, ut probavimus: etsi prolixe contra disputet Carpz. *d. l. Qu. 56.* Tu respice sis ad ea, quæ in *tit. de Sponsal. n. 5. & seqq.* disputata sunt, ubi probavimus, apud Romanos etiam Sponsalia fuisse dicta, quæ purum de Nuptiis consensum iniissent; addito quod in *l. 2. Digress. cap. 18.* diximus. In sponsa de præsenti, est hæc ratio, quod consensus facit nuptias, *l. 15. de R. J.* & quod metus supponendi fœtus non absit, eo quod sponsi tales non raro ultra primam lineam ament: Pœnam tamen capitalem in corruptores alienarum sponsarum, ubi in adulteros obtinet, non habere locum, docet ibidem Carpzovius *n. 33.* Pecuniaria pœna, quæ nostris aliarumque gentium Statutis adultero infligitur, quominus etiam respectu sponsarum valeat, non obstat ratio *arg. d. l. 13. §. 3. & l. 7. C. h. t.* Cujac. *lib. 6. obs. c. 16. in fin.* Quid si sponsus alibi rem habeat, cum soluta videlicet, an hic etiam adulter est adulteriique pœna adficiendus? Ita Carpzovius censet, eadem ratione, qua sponsa, *d. Quæst. n. 45.* certe enim æque violat hic quam illa, fidem conjugalem: Jure civili secus esse constat, quia cum in nupta solummodo adulterium proprie dictum committatur, analogice dictum adulterium nonnisi in sponsa committi potest; nec aliter hodie existimari videtur, cum nec sponsus fœtum supponere queat, neque sponsæ tanta illius stupro alibi patrato injuria inferatur: Ut adeo pro stupro tantum, sed graviore habendum videatur.

7. Si mulier nupta quidem, *sed vulgaris* & promiscuæ admissionis fuerit, tamen *adulterium committi*, docet Ulpianus in *l. 13. §. 2. h. t. Contra in ea, quæ passim venalem formam exhibuit ac prostitutam meretricio more vulgi se præbuit, adulterii crimen cessare, si stupro tibi cognita sit*, ajunt Diocletianus & Maximianus in *l. 22. C. h. t.* Ex omnibus conciliationibus, quas recenset Carpzov. *Qu. 57.* amplectimur eam, quæ distinguit inter mulierem nuptam quidem, sed viro deserto vagantem, aut in lupanari se prostituentem, & quæ adhuc viro συνοικεῖ, necdum eum deseruit, nec ab illo ob impudicitiam ejecta est: De priore loqui Ulpianum, de posteriore Cæsares. Carpzovius aliter, Adulterium indistincte fieri, *l. 13.* sed *crimen*, hoc est pœnam Criminis, cessare, *l. 22.* Bene, si vox *criminis* eam pateretur interpretationem. Aliis ita videtur; in Viro cessare crimen, *l. 22.* In muliere non cessare, *l. 13.* quod si quis malit sequi, in verbis textus nihil repugnat; Nam *lex 22.* clare loquitur de Viro, & *lex 13.* de muliere; sic enim ait Ulpianus; *Et in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit.*

8. Polygamiam in viro non esse adulterium, probavimus ad *d. tit. Inst. n. 5. vers. Idem polygamiam.* Sed qui in adulterio nihil aliud quam

centur, *P. 4. Const. El. 29.* alii vero lenones carcere aut relegatione, &c, si turpis lucri causa personas extraneas prostituerint, fustigatione puniuntur, *d. C. §. f.* sola autem spes lucri animadversioni ordinariæ locum non reliquit. Carpzov. *Pr. Cr. qu. 71. n. 52.* nisi quæstus revera sit perceptus.

violationem fidei conjugalis vident, duas uxores ducentem habent etiam pro adultero, Carpzov. *Qu. 66. n. 2.* contra notissimum juris Divini & Romani usum. Jure civili pœna bigamiæ perfectæ, est eadem quæ stupri, *l. 18. C. ad L. Jul. de adult.* imperfectæ est infamia, *l. 1. & l. 13. §. 1. & seqq. de His qui not. inf. l. 2. C. de Incest. nupt. & l. 18. C. h. t.* Verum tamen est, in muliere bis nubente adulterium in rei veritate committi, quoniam hæc est commixtio, cum muliere alii nupta, quod esse diximus adulterium, quo facit *l. 7. C. de Repud.* ubi mulier, quæ absente militiæ causa Viro per quadriennium, nupsit alii, capite non punienda dicitur; supponens ita, capitalem pœnam, quæ hodie est adulterii, nubentibus aliter infligi: sed cum vir maritus aliam ducit virginem, aut viduam, hic non haberet rem cum nupta; Proinde non est adulter, nec pro tali habetur a Mose, aut a Justiniano. Contra qui adulterium vocant quamvis fidei conjugalis violationem, viros capite puniunt, mulieres virgis cædunt & relegant. Carpzov. *d. Qu. n. 24. & seqq.* Sapienter, ut puto, nostrates jus civile servant, *Lib. 2. tit. 11. §. 1.* sed quia perfecta polygamia est improbius stuprum, ei pœnam corporalem infligunt, *d. §. 1. Sand. lib. 5. tit. 9. def. 16.*

9. Egimus etiam de Incestu ejusque pœna, *ad d. tit. Inst. n. 7.* Juris divini pœna capitalis est, in gradibus prohibitis *Levit. 18. & 20. Deuter. 27.* quod usu Fori servatur in linea recta & collaterali, ad secundum gradum. In ulterioribus non exceditur pœna juris communis, quæ est relegatio; ut si quis viduam fratris duxerit; Talis ad quinquennium relegatus est *Sjoerd Jans van Collum, d. 15. Maji 1635.* Alius item, qui uxoris defunctæ sororis filiam duxerat, ad biennium; mulier juvencula ad annum, *20. Sept. 1636.*

10. Actum quoque de Stupro *ad d. tit. n. 6. in med.* cui adde, quod Violentum Stuprum omnino capite punitur, *l. 1. §. 2. de Extr. crim.* quod *passim* ita servatur. Inter species stupri est *Scortatio* quæ dicitur, cum meretrice commissa; quam ut a merendo dictam, latius tamen appellamus, quæcunque se prostituit neque pudori suo parcit, *l. palam. 43. de Rit. nupt.* Hæc turpitudo non magis punitur in Jure quam ebrietas, per *l. 12. & l. 29. §. 1. C. ad L. Jul. de adult. & l. 13. §. 2. h. tit.* sed nec Jure divino aliter quam ebrietas * habetur; interminatione utrique mortis æternæ proposita, judiciali nulla, *1. Corinth. 6. v. 9. & seq.* ad *Galat. cap. 5. vers. 19.* Statuta nostra habent mulctam duarum librarum Flandricarum, *lib. 3. tit. 10. art. 3.* Meretrices ultra infamiam non puniuntur in jure; cum ne turpiter quidem facere judicentur, postquam prima turpitudine, quando apud ædiles quæstum profitebantur, erant defunctæ, *l. 4. §. 2. de Condict. ob turp. caus.* Moribus, includuntur ut plurimum ad opus publicum temporarium, alicubi & relegantur. Carpzov. *Qu. 70. n. 17.*

11. De lenonibus *supra* dictum est, nec satis convenit iste rigor cum facilitate juris adversus meretrices easque frequentantes. Populi hodie mitius agunt; Statuta nostra lenones relegant, sub pœna corporali si ante tempus redeant, aut si plus biennio turpi commercio operam dederint. Lenonibus comparantur impudicitiæ pararii, *Koppelaers* utriusque sexus, *d. tit. 10. art. 1.* late Carpzovius *Qu. 71.* Domos locare in usum lupanariorum, jure Civili quoque, ut ipsa meretricia vita, non punitur, etsi minime vero laudatur, utcunque scriptum sit in *l. 27. §. 1. de Hered. pet.* in multorum honestorum virorum ædibus *lupanaria* exerceri, qua de re diximus in *part. 2.* Digress. *lib. 1. cap. 2. n. 4.* Nostrates ejusmodi locatores prima vice mulctant sex florenis; Iterum, mercede domus annua, inter delatorem, *officiarium* & pauperes dividenda, *d. tit. 10. art. 1. & 2.* Gestus & contrectationes impudicæ, quandoque etiam corporaliter puniri possunt in iis, qui frequenter id exercuerunt. Quidam *Antonius de Bii*, solitus noctu in plateis & sub tectis, ut res ferret, virgines matronasque contrectare, quinquennio relegatus est, *d. 21. Mart. 1645.*

12. In Venerem monstrosam, ultore gladio Leges armantur, *l. 31. C. h. t.* Est autem monstrosa Venus duplex, Aut enim cum homine committitur, aut cum bestia. Quæ cum hominibus, est marium inter se, vel fœminarum. Prior species a *Sodomitis* appellata, posterior Apostolo memoratur *ad Rom. 1. v. 26.* Prior illa, quam paganis veteribus usitata fuerit, viris etiam gravissimis, ut Socrati & Ciceroni, quam hodieque fre-

* Apud nos scortatio in meretrice palam se prostituentes, relegatione perpetua vel temporali, *P. 4. C. El. 18.* quandoque etiam fustigatione punitur, stuprator autem carcere aut relegatione coercetur. *d. C.* add. Carpz. *Pr. Cr. qu. 70. n 31. & n. 43.* ad dotandam autem, vel ducendam meretricem non tenetur. Carpz. *l. c qu. 60. n. 76.*

quens

quens orientalibus, ipsisque Italis, omnibus constat. Pœna tamen est capitalis, *d. l. 31.* omnesque Transalpini illam hodieque servant, convenienter jure divino, *Levit. 20. v. 33.* Idem de fœminis, si vir cum illa præposteram exerceat Venerem, etsi uxore propria, placet Carpzovio *Qu. 76. n. 18. & 24.* ubi exempla infanda. Idem si cum muliere mortua, *Const. Elect. Sax. 25. part. 4.* Carpz. *d. q. n. 21.* Venus autem viri & mulieris cum bestia, capite punitur * jure divino, *Levit. 18, 23. & cap. 20, 15. Exod. 22. v. 19.* omniumque gentium legibus & moribus.

13. Monstrosæ Veneri accensetur *Mastupratio*, ab A. Matthæo *ad h. tit. c. 6. n. 8.* Nos antea diximus, hoc crimen ob frequentiam nullis legibus puniri, & sic aliquo modo non esse delictum, sed inter ea ponendum, quæ tantum odio damnamus & ad vindicem Deum mittimus, ut alicubi Seneca. Neque enim, quod diximus illic, dictum volumus eo, quod minus id flagitiosum putemus, quam id esse volunt D. Matthæus aut Carpzovius, qui ad Sodomiticum genus improprie, refert mastuprationem, *Qu. 76. n. 10.* Sed de pœna capitali, aut corporali, vix est, ut eorum sequi liceat sententiam. Quippe Venus monstrosa proprie non est; hæc enim requirit agentem & patientem, *l. Cum vir nubit. 31. C. h. t.* Ista autem, quæ terminatur in cujusque persona, nec cum alio subjecto communicatur, nusquam puniri legitur, aut jure civili, aut legibus hodiernis, ut fatetur Carpzovius *d. Qu. n. 13.* Quod autem de pœna filii Judæ, Onanis, memoratur *Genes. 38.* a simplici mastupratione plurimum discrepat. Ille jussus erat a Deo prolem ex fratris vidua gignere; sed iniens illam foras ejecit τὴν γονὴν: Hoc enim facinus admissum fuit in feminam, non in viro solo terminatum erat; factum fuit ad perdendam prolem, cui destinatum emissumque semen erat; continebat fœdissimam rei sanctæ, matrimonii κατάχρησιν & deformationem: cujus Athenis reum se quoque fecit Pisistratus, ducta secundis nuptiis filia Megacis inimici sui reconciliati, ex qua sobolem tollere nolebat ὁ βουλόμενος οἱ γενέσθαι ἐκ τῆς νεογάμου γυναικὸς τέκνα, ut scribit Herodotus in *Clio.* Accessit in facto Onanis, contemptus divini imperii insolentissimus, qui per se mortem merebatur. Instat D. Matthæus: *Cum sicario, qui hominem vel unum occidit, moriendum sit, quid in eos statuendum, qui nefariis suis libidinibus tot homines occidunt, tantum seminis profundunt, quos si rerum natura pateretur, sæpius mori æquum foret.* Nimis hoc argumentum a perditione seminis intenditur, ut adeo in maritos scilicet, qui uxores prægnantes ineunt, hac ratione capitis supplicium conveniret. Nusquam nisi exercitium Veneris inter duos contra naturam, pro venere monstrosa punitur: Alioqui & impudicæ cogitationes, eo provectæ ut ἔκχυσιν τῆς γονῆς eliciant, eodem modo puniendæ forent, & quis esset finis? Prudenter igitur Legislatores hoc mutum flagitii genus silentio transmittunt, cui etiam coercendo nulla sufficeret vindictæ vigilantia. Nec tamen hæc impunitas in infinitum patet: Puniendi extra ordinem, severeque, non tantum mariti, qui fraudandi matrimonii causa id agunt, sed etiam cinædi, qui adolescentes talia docent, iisque præeunt; etiam qui nimis impudenter & aliis coram, se polluere sustinent, more Diogenis, qui in Foro medio τὰ τῆς Ἀφροδίτης εἰωθε ποιεῖν, ut Laertius *in ejus vita* narrat, qui vel hac causa merito Canis appellatus fuerit. Secretæ vero libidines, quæ cum aliis se non communicant, extra legis pœnam sunt. Etsi non sit dubium, quin mastupratio, quamlibet secreta, peccatum sit gravius quam simplex stuprum, quia sine dubio est contra usum naturæ, quo *amor quæritur nec videtur*, ait *d. l. cum vir nubit. 31. C. h. t.* pollutio corporis animique deformis; maxime si non obrepat indulgentibus sibi in concupiscentiis, sed opera detur ut fiat, & in consuetudinem vertat. Hæc qui legent adolescentes, nefas cognitum abhorrere discant, & remedia, quæ in promptu sunt, adhibeant; post preces piasque meditationes, ἀκορίην τροφῆς, ἀοκνίαν πόνων, *parsimoniam victus, adsiduitatem laboris*, maxime matutini.

14. Sed paucula de accusatione adulterii subjicienda. Vir antequam accusare velit, (mulier plane virum accusare non potest, *l. 1. C. h. t.*) uxorem dimittere debet, *l. 11. C. h. t.* quod mutatum *Nov. 117. c. 8. §. 2.* quæ vetat uxorem hac causa di-

* Et quidem apud nos pœna ignis obtinet, ubi bestia simul concrematur, Carpz. *Pr. Cr. qu. 76. n. 29.* modo Sodomia fuerit consummata, alias extraordinarie e. gr. fustigatione coërcetur. Berger. *Elect. Jur. Crim. p. 143.* Sodomiam vero cum homine commissam in Saxonia gladii supplicium manet. *Const. El. Nov. 5.* Carpzov. *l. c. n. 21.* licet *Ord. Crim.* etiam hoc casu pœna ignis dictitet *art. 116.*

dimitti, priusquam adulterii convicta fuerit. Eadem Novella tollit jus præcipuum viri, quo intra dies 60. præferebatur aliis accusatoribus, nec inscribere in crimen tenebatur, quod jus mariti dabatur etiam patri, *l. 11. §. quærebatur. h. & l. 6. & l. 30. verf. inprimis. C. h. t.* ut neutri tamen evidens calumnia remitteretur, *l. 15. §. ult. h. t.* Post dies sexaginta, dantur adhuc quatuor menses ad accusandum adulteram, jure communi; Quippe sex mensibus a divortio utilibus accusationi adulteræ præscribitur. Adultero accusando præscribitur quinquennium a die admissi criminis, *l. 29. §. 5. & seqq. l. 31. h. l. 5. & l. 28. eod.* idque in omnibus ad L. Juliam pertinentibus obtinet, *d. l. 29.* Wesenb. *h. n. 18.* Carpzov. *Qu. 59. n. 8.* Constantinus accusationes promiscuas, in hoc crimine restrinxit ad quinque personas, maritum, patrem, fratrem, patruum & avunculum, *l. 30. C. h. t.* Moribus hodiernis, quominus præscriptione quinquennii adhuc utamur, nihil obstat. Carpzov. *d. Qu. n. 26.* Sed jus accusandi, ut in cæteris criminibus, est penes fiscalem procuratorem; Ideoque jus præcipuum Patris, mariti, vel quinque personarum, aut discrimen viri & feminæ, non potest habere locum. Grœnew. *ad l. 1. C. h. t.*

TIT. VI.

Ad L. Juliam de Vi publica.

I. Vis quotuplex. II. A quibus committatur. III. Pœna vis publicæ. IV. De Raptu virginis.

TErtium in hoc ordine crimen, est Vis, quæ & ipsa lege Julia vindicatur. Est autem vis duplex; alia publica, privata alia. Publica, (si Cujacio credimus,) olim dicebatur, quam contra jus fasque inferebat persona publica, quæ cum imperio & potestate est. Privata, quam privatus, Paulus *lib. 5. sent. 26. §. 3.* Hodie vis publica est, quæ fit armis, Privata, quæ fit sine armis, *§. 8. Inst. de publ. jud. l. 9. & l. pen. §. 1. de vi publ.* Sed & vis publica est quælibet atrocior violentia, tam quæ fit armis quam sine armis, *l. ult. h. t.*

2. Ergo lege Julia de vi publica tenentur, qui arma, tela domi suæ, agrove in villa præter usum venationis vel itineris, vel navigationis coegerunt. Qui turbæ seditionisve causa servos aut liberos homines in armis habuerit. Qui cum armis, hominibus armatis incendium fecerit, villas expugnaverit, bona rapuerit, possessorem domo, agrove suo, aut nave dejecerit. Qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium publice exercetur. Qui magistratus Pop. Rom., vel civem Romanum contra provocationem, necaverit, *l. 1. 3. 5. 10. & 11. D. h. tit.* Tenentur & qui sine armis vim fecerunt, si vis ab eis facta sit atrocior: cujusmodi sunt, qui convocatis hominibus incendium fecerint; quique ex incendio quid rapuerint. Qui fœminam per vim stupraverit. Qui nuptam innuptamve mulierem rapuerit. Qui legatum, oratoremve, aut comites eorum pulsaverit, injuriam fecerit. Qui reum vinxit, impediitve, quo minus Romæ intra certum tempus adsit. Qui nova vectigalia exercuit, & similia, *l. 3. §. 4. & 5. l. 3. §. 7. l. 6. l. 7. & l. 8. ult. D. h. tit.*

3. Pœna legis hujus, est aquæ & ignis interdictio, in cujus locum successit deportatio, *l. 10. §. 1. D. h. tit. §. 8. Inst. de publ. jud.* Paul. *sent. 26.* Exacerbatur in servos, & eos, qui cædi causam dederunt; hi enim capite puniuntur, *l. 8. & l. 6. C. h. tit.* (sicut & incendiarii, qui plerumque vivi exuruntur, *l. 28. §. incendiarii. D. de pœn.*) & tenentur etiam lege Cornelia de sicariis, *l. 1. pr. D. ad leg. Corn. de Sic.* Puniuntur etiam capite, qui in turba cum telo ædes alienas aut villas expugnaverint, *l. pen. h.* Qui non in turba id fecerint, extra ordinem accusantur, *l. 1. §. ult. D. de effract. & expilat.* Quæritur, an & qui oppugnaverunt ædes alienas, non expugnaverunt, capite sint puniendi. Placet sententia Wesenbecii *in par. h.* non esse puniendos: etenim non conatus, sed consummatum crimen capitis pœna punitur; conatus extra ordinem & arbitrarie puniendus. Turba quidem in legibus decem hominibus finitur, *l. 4. §. 3. de Vi bon. rapt.* Non dubitatur tamen, quin si domus, villa, navis expugnata sit cum telo, & direpta, licet minus decem hominibus fuerint, pœna capitalis nihilominus infligi possit, quod moribus hodiernis ex iis, quæ de Effractoribus *antea* dicta sunt, nihil habet scrupuli. Sed neque turba in *d. l. pen.* tam ad numerum, quam ad turbationem pertinere videtur. Ita in Curia nostra damnatus est ad laqueum homo, pluribus quidem flagitiis opertus, sed ob hoc nominatim, quod noctu cum duobus aliis villam armati effregissent,

sent, homines pulsassent, vinxissent, minis clamoribus horrendum intonuissent, quæque videbantur abstulissent, *ante ferias Pentecost. 1680.* Aliquot annis antea, duo fratres in nave servientes, Patronum vulneratum e nave dejecerant, contisque aculeatis in aqua conficere conati, se cum nave proripuerant. Major natu annorum 19. adolescens, capite punitus, frater 14. annorum, spectator supplicii virgis cæsus & relegatus est.

4. Specialiter punitur raptus virginis viduæque honestæ, capitis pœna, seu stuprum sit junctum, sive non, in facinoris auctore & adjutoribus; Imo, etsi sponsam rapuerit sponsus; licet etiam non coacta sit mulier, adhuc pœna capitalis sancitur, *l. unic. C. de rapt. virg.* Sed hoc utrumque durum, & moribus aliter. Imo *L. Unic.* sic capienda videtur, ut violentia quidem absuerit, malæ tamen artes adhibitæ sint.

SCHOLIUM.

Id est, ut & is puniatur capitaliter, qui feminam non coactam rapuit, sed volentem, modo ad hunc assensum virginis eliciendum malæ artes & pravæ persuasiones fuerint adhibitæ. Conf. *quoad posit. præsentem* Wissenb. ad h. t. th. 4. 5. 6. 7. *& omnino quoad mores nostros* Schilt. Ex. 49. §. 97. seqq.

Hinc Frisiæ Statutis *lib. 2. tit. 12.* nominatim cautum est, capitis supplicio puniendos, qui mulierem invitam violenterque rapiunt. Qui volentes virgines viduasque abducunt, tantum abest ut capite puniantur, uti vix unquam, pene dixerim nunquam, criminis accusentur; & quandoque tam frequenter fiat, ut parum absit, quin pro dexteritate amatoria nec ineleganti habeatur. Plane mulierem nuptam si quis abducat, & si volentem, is extra ordinem, nec tamen ita quidem capitaliter punitur, ut apud Sandium 5. IX. 10. Raptores in ipso flagitio deprehensi, impune a parentibus, consanguineis, tutoribus, patronis, dominis virginis, vel viduæ, occidi possunt, *d. l. un.* De stupro violento actum est *ad tit. præced.* quod huc etiam pertinere diximus, iisque heic addemus; conatum ejus extra ordinem puniendum, ut Sandius probat *d. tit. 8. n. 11.* Carpz. *d. l. Quæst. 75. n. 56. & seqq.* Statutis nostris cautum est, ut bona Stupratoris violenti, devolvantur etiam in liberos ex stupro natos, juxta liberos ejus legitimos, quod ut singulare, ita justissimum est, *lib. 2. tit. 12.*

TIT. VII.

Ad Legem Juliam de Vi privata.

Privata vis dicitur, quæ fit sine armis, aut quæ minus est atrox: exempla sunt in *l. 2. 3. 5. & 6. h.* Igitur Lege Julia de vi privata tenetur, qui ex naufragio quid dolo malo rapuerit; qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberaretur, pulsaretur, neque homo occisus sit: aut fecerit, quo minus quis in jus produceretur; aut ut ex agro suo sine armis dejiceretur; quique ipse dejecerit, spoliaverit; qui quæstionem de alterius servo habuerit; qui debitori suo debitum per vim extorquere conatus fuerit, aut bona ejus sine Judicis auctoritate occupaverit, *l. 1. 2. 3. & tot. tit. D. ad Leg. Jul. de vi priv.* Ex his speciebus, quædam utroque legis capite vindicantur: Ut si quis convocatis hominibus vim fecerit, *l. 5. & l. 10. §. 1. D. de vi publ. l. 2. D. de vi privat.* Et sane, posse quandoque ex eodem facto utriusque capitis crimen objici, ostendit *l. 32. D. de Pœn.*

Pœna hujus legis est, publicatio tertiæ bonorum cum infamia, *l. 1. pr. h.* Itaque damnatus nec Senator, nec decurio, nec judex esse, nec ullum honorem capere potest, *l. 1. & l. ult. D. ad Leg. Jul. de vi priv. l. 2. C. eod. §. 8. Inst. de publ. jud.* Is autem, qui debitori vim fecerit extorquendi debiti causa, etiam jus crediti amittit, *l. pen. D. h. tit. l. 13. D. Quod met. caus.*

Sed cum hujus delicti species admodum variæ sint, non est dubium, quin heic valeat, quod aliquoties dictum est, pœnas omnes nunc esse extraordinarias, idque moribus ita servatur. Qua de re singularum gentium Leges consulendæ. Apud nos quædam privatæ species violentiæ, pecuniariis mulctis, satis profecto modicis puniuntur. Qui noctu lumina vitrea frangit & disjicit, qui fores alienas violenter pulsat, lapidibus aut ferro impetit, quatuordecim florenis majoribus mulctatur. Qui per vim in ædes alienas irrumpit, nulli tamen nocet, viginti octo florenis. Si noceat, aut expellat, criminaliter gravius punitur, & cædes ejus impune fieri dicitur, *lib. 2. Stat. tit. 7. art. 1. 2. 3.* Qui resistit executioni Judiciali, duodecim florenis mulctatur, *d. tit. 7. art. 4.* Ve-

rum

rum ut reliquæ species majori violentia perpetratæ, criminaliter puniuntur, ita non est dubium, quin & resistentes executioni, ex causa, criminaliter accusari queant, ut decretum a Curia nostra in causa J. D. qui hac causa etiam in vincula conjectus est, *d. 19. Sept. 1650.*

Præter hanc pœnam, notum est, de vi agi ex edicto prætoris Quod metus causa; ex interdicto Unde vi, de Rapina, denique ex Edicto D. Marci, in *l. 13. Quod m. c. & l. 7. C. Unde vi.* ubi dominium vel actionem amittit, qui rem suam vel sibi debitam per vim rapit, aut occupat, qua de re diximus ad *tit. I. de Vi bon. rapt.* Huic simile est, quod colonus, finito locationis tempore rem domino invito tenens, non modo fundum, sed & ejus æstimationem præstare debet, *l. 10. C. unde Vi.* Idem juris est, si quis domum debitoris vi intraverit, eique signaculum imposuerit, *Nov. 65. c. 1. in pr.* & id genus alia, de quibus A. Matth. *ad tit. de Vi, c. 3. num. 3.*

TIT. VIII.

Ad Legem Corneliam de Sicariis.

I. Remissio, & cur ambulantes cum telo ordinaria L. Corneliæ pœna adficiantur. II. Quandoque etiam conatum cædis ordinaria pœna plecti. III. Plerumque tamen secus observari. IV. Considerandum heic, & quo modo, an vulnus lethale. V. Dolum heic requiri, & quomodo id intelligendum ex l. 1. §. 3. h. *quod exemplis declaratur. VI. Eos, qui gladio, in rixa quoque, cædem committunt, ordinaria pœna adficiendos, ex* d. l. 1. §. 3. *cujus Lectio vulgata adseritur. VII. Nisi causa gravis adfuerit. VIII. De excessu moderaminis Tutelæ corporis sui, in genere. IX. Ratione causæ. X. Respectu modi. XI. Ratione temporis. XII. Quinam impune occidantur. XIII. De mulcta homicidii. XIV. De Veneficiis.*

DE homicidio actum ad *tit. I. de Publ. jud. n. 8.* Hac lege tenetur non homicida tantum, sed & is, qui cum telo ambulavit hominis occidendi gratia; item, si quis venenum confecerit, dederit; aut falsum testimonium dixerit, quo alius capitis supplicio adficeretur, *l. 1. pr. & §. 1. h.* & quidem his ultimis speciebus pœna deportationis, quam lex Corn. infligit, potius convenit, quam ipsi homicidio. (a) Sed quia cives Rom. gravius quam exilio non puniebantur, hinc factum, ut homicidis & cum telo ambulantibus eadem pœna statueretur; quod cum hodie aliter se habeat, & mortis pœna cædi proposita sit, sequitur, mitius cum telo ambulantes quam homicidas esse puniendos, quod nec Romani ignorarunt; sed discrimen illud minus assequi potuerunt, (b) quia tempore Syllæ gravius supplicium secundum LL. erat ignotum.

SCHOLIUM.

(a) *Videtur ergo Autor statuere, quod lex Cornelia initio lata sit, non in homicidas, sed in eos, qui cum telo ambulant, postea vero saltem ad homicidas extensa &c. sed peterem hic probationem hujus conjecturæ. Contrarium & quod lex Cornelia etiam in homicidas lata sit, videtur ex* l. 1. pr. h. t. *deduci posse, adeoque erit omnino discrepantia inter mores nostros, qui mitius puniunt ambulantes cum telo quam homicidas, & inter jus Romanum, de qua dixi ad Strauch.* XXIX. 7. p. 447. Conf. l. 1. §. 1. h. t.

(b) *Esto, quod ex hypothesi Autoris discrimen illud non assequi potuerint initio latæ legis Corneliæ, potuissent tamen utique assequi istud discrimen successu temporis, & postquam pœna deportationis mutata erat in pœnam gladii,* l. 3. §. 5. h. *sed tamen nuspiam legitur, ambulantes cum telo etiam illis temporibus, mitius fuisse punitos quam homicidas veros.*

RESPONSIO.

Frustra petitur probatio ejus, quod in mentem nobis non venit adfirmare, Legem Corneliam non esse latam in homicidas, sed tantum in ambulantes cum telo. Diximus solummodo: causam, quod Cornelius ambulantes cum telo pœnæ subjecerit ordinariæ, videri & hanc fuisse, quod pœna tunc non esset mortis naturalis. Etsi fatemur, postquam semel eodem loco habiti sunt ambulantes cum telo & homicidæ, non esse animadversum illud discrimen, etiam post exasperatam pœnam.

N. ADDIT.

Nihil habeo, quod de novo addam, nisi, quod ulteriorem dispectionem mereatur, an verum sit, quod Au-

Autor de temporibus Syllanis dicit, quod tum nondum recepta esset pœna mortis naturalis. Sane notabilis est locus Appiani lib. 1. de bell. civil. *interpr. Sigism. Gelenio.* Sylla primus capitalis præscriptionis inventor est habitus: qui & præmia percussoribus proscriptorum, latentiumque indicibus proposuit, & pœnam abditos celantibus interminatus est. Nec multo post, alios idem Senatores in proscriptorum album retulit. Ex his quidam nec opinantes oppressi passim per domos, per templa, per porticus: alii sublimes correpti, & ad pedes Syllæ projecti: alii raptati conculcatique, nemine ad tam dira spectacula vel mussare audente: alii pellebantur ex urbe, rursus alii bonis suis spoliabantur, profugos Inquisitores persequebantur, nusquam non discurrentes & excutientes omnia, trucidantes quotquot ex iis adipisci poterant &c. *Conf. Freinshemii* Supplem. Liv. lib. 53. cap. 16. seq. usque ad cap. 28. *Sed cum facile prævideam, quæ ad ista forte, pro Autore responderi possint, Lectoris judicio totum relinquo negotium.*

2. Potest tamen & hoc pro Lege Cornelia dici; cum illa rogaretur, Italiam bellis civilibus vix defunctam, fuisse plenam hominibus sceleratis, qui sicis clam armati in concionibus medioque foro destinatos ad cædem interficerent, ut Plutarchus in *vita Syllæ* refert & passim occurrit. Tam infesto tempore qui cum hoc instituto sicas gestantes deprehensi erat, non immerito capitali supplicio subdi poterant, nec etiamnum in simili occasione non possent, quo pertinet, quod de *Assasinis*, id est, conductis latronibus, & eorum conatibus etiam in conducente capite puniendis probat A. Matth. *ad h. tit. c. 1. n. 3.* Nec enim quod imperfecta scelera non nisi extra ordinem mitius puniri dicuntur, tunc etiam obtinet, quando conatus admodum improbus & in Republ. exempli est pernitiosi, aut quando proxime a decretorio eventu abest. Ita non est dubitatum in Curia nostra, quin capite puniendus esset, qui noctu in domum irrumpens puellam, quæ sola ibi relicta erat, viginti vulneribus percusserat & cultro tectam pro mortua reliquerat: etsi illic vis etiam publica concurrebat; *mense Octobr. anno 1644.*

3. Regulariter enim ita servatur, ut Conatus homicidii minus capitali pœna plectatur, etsi proxime ad effectum pervenerit, si non aliud delictum aut singularis improbitas & exitialis exempli ratio concurrat, ut novissime probat Carpzov. *part. 1. Crim. Qu. 17. n. 13. & 14. Qu. 21. n. 41. part. 2. Qu. 61. n. 4. & Qu. 71. n. 48.* Qui tamen alias exceptiones non admittit, quam has duas, 1. Si lex ita specialiter statuat, & 2. Si judex ita arbitretur, quod aliquando eum facere posse tradit, etsi tutius non fecerit. Quas exceptiones ita concedimus, ut tamen a Lege vix alias id fiat, aut a judice fieri possit, quam ob rationem a nobis adsignatam: Cujus tamen discretionem, a judicis arbitrio pendere statuendum est. Exemplum apponam; Lictor Prætoris, cuidam Judæo res quasdam eripuerat, qui cum apud Prætorem de hac injuria questus esset, is Executorem judicii, qui lictoribus imperat, ad istum lictorem una cum Judæo & cum imperio, ut huic adempta restitueret, miserat. Lictor Judæum prius, spreto executore, plagis operuerat. Deinde executorem stricto ferro invaserat, invocatoque diabolo, se hominem transfixurum minatus, gladium pectori adegerat, cum autem is non penetrasset, sclopum grandine plumbeo spissiore oneratum in eundem emiserat graviterque vulneraverat, atque deinceps ægre se habere dixerat, quod hominem non occidisset. Non deerant ex Dominis, qui hanc vim publicam cum atrocissimo conatu cædis conjunctam, pœna capitali vindicandam censerent; maxime quia semiconvictus erat alterius scelerati facinoris, propter quod ejus frater ad laqueum erat damnatus, & cujus non dubitabatur, quin ipse dux & auctor fuisset. Quia tamen ad hoc nonnisi tormentis subjici poterat, etsi quatuor ex Dominis, conatum illum cædis improbissimum ad mortem sufficere arbitrarentur; major tamen pars, cum tormenta sustinuisset, ob alterum crimen ad pœnam morti proximam eum damnarunt, *ante ferias Pentecostales 1680.*

4. Sed quæstio de perfecto an imperfecto homicidio, non tantum sæpe movetur, si mors secuta non fuerit, sed magis, si mors secuta quidem fuerit, at non immediate, ut dubitari possit, an plaga inflicta mortis causa fuerit. De varietate judiciorum in hujusmodi occasionibus & discrimine vulnerum simpliciter aut absolute mortiferorum egimus *ad tit. de Lege Aquilia n. 4.* nec regulam aut definitionem collocare generalem licet. Communiter quidem, si post vulnus incontinenti, vel cis paucas horas mors insecuta sit, vulnus esse causam mortis, non dubitatur. Attamen heic etiam prudentia opus esse, docebit exemplum satis rarum, quod subjiciam. Anno MDCLXVII.

MDCLXVII. die 30. Decembris in pago *Hoortwolde*, Notarius quidam publice vendens prædium, importune turbatus in hoc officio ab homine temulento, ter quaterve eum in faciem pugno percusserat: Unde sanguis copiose effluxerat. Fluxu cessante, cubitum iverat; e somno autem excitatus, tussi & novo sanguinis fluxu exorto, intra sesquihoram exanimatus est. Non credebantur plagæ homini inflictæ potuisse lethales esse, neque foris aut intus quicquam mortiferi apparebat: Sed pectore dissecto, reperta est aspera arteria, quam vulgus gutturem adversum appellat, & in qua nihil esculenti aut potulenti, sine præsenti periculo suffocationis, durare potest, aperta & valvula ejus rigide patens; intus autem in ipsa arteria, repertæ sint aliquot particulæ carnis, magnitudine avellanæ & paulo secus, aliæque nonnullæ aridæ materiæ. Ex quibus non temere judicabatur, eas res in vomitu ejectas, valvulaque asperæ arteriæ illo motu violento aperta, in patulam viam pulmonis incidisse: Nec per tussim ab ebrio & somnolento inde rursus excuti potuisse; Quæ causa suffocationis necessaria fuisset. Reus in Frisiæ versus Transisalaniam confiniis habitans, in hanc se contulit, atque a Prætore Haxbergensi, causa cognita, cædis absolutus est. Quæ sententia cum ad Ordines mitteretur, ut Reo secure in Patria degere liceret, Suprema Curia consulta respondit, audito Procuratore Generali, in eam sententiam, quæ a nobis relata est *ad tit. de Legib. Cap. de Conflict. Legum n. 6.*

Jus divinum in cæde hominis liberi illud solum considerari jubet, utrum percussus surrexerit & innixus scipione prodierit, nec ne, ut illo casu pœna capitalis cesset, isto infligatur, *Exod. cap. 21. vers. 18.* Ita D. Matthæus eum locum inducit *cap. 3. ad h. tit. n. 17.* Minus plene; Additur enim, si lecto adfixus convaluerit, & in via publica, cum scipione duntaxat, incesserit, ut tum quæstio de vulnere cesset; Non si post ictum statim surrexerit & foras prodierit, hoc enim frequenter in vulneribus capitis, absolute lethalibus, accidit, ut nostra memoria Studiosus Juris, percussus in capite a Theologiæ Studioso, tertio demum die lecto adfixus, cum medio tempore in publicum prodiisset, brevi extinctus est, vulnere lethali deinde reperto. Plane moribus ita fere est receptum, ut si percussus quadraginta diebus supervixerit, vulnus pro mortifero non habeatur. Clar. *§. homicidium. n. 44.* Fab. *4. Cod. tit. 15. def. ult.* Grot. *3. manud. 34. §. pen.* qui tamen hoc requirit, ut percussus in publicum post sex septimanas prodierit: atque alii tum demum admittunt præscriptionem, si non constet, ex vulnere mortem evenisse: plures etiam tempus hoc, & omne judicium de causa mortis, Judicis arbitrio committunt; in quam plures citantur auctores a Groenewegio *ad d. loc.* Grot. *n. 14. & 16.* At plane Medicorum judicio plurimum in hac disceptatione tribuendum esse, non est dubium; ut tamen judicem quoque suum non negligere eos oporteat, utique si dissentiant, quod sæpius accidit, exemploque a nobis probatum est *ad tit. de Lege Aquil. n. 4. Resp. ad schol.*

5. Commune requisitum omnium delictorum, esse diximus *ad Tit. de Privat. delict.* dolum, id est malignum propositum, excepto legis Aquiliæ delicto, quod etiam punitur ob culpam, ratione, quam dedimus *in loco.* Sed in lege Cornelia maxime dolus requiritur, culpa nequaquam sufficiente ad ordinariam hujusce Legis pœnam *l. 7. h.* etsi lascivia quoque & mali moris circumstantiæ adfuerint. Exemplum. In *pago* Rypensi Titius in diversorio lasciviens cauponem cubitum iturum aggressus, compulerat ad saltandum secum; spatioque cubiculi saltibus absoluto, correptum hominem rapideque circumactum ita propulit, ut caput adversus prominentiam camini alliderctur. Unde prolapsus & dein cubitum delatus, caput & pectus graviter dolens, mane sequenti hora sexta decesserat. Sub cranio repertæ sunt quatuor unciæ cruoris evasati: ut ex contusione mortuum esse, non dubitaremur. Titius relegatus est ad tempus, *ante ferias O.S. 1681.* Scilicet occidendi animus aberat omnino. Tamen etsi ad dolum hac parte non requiritur animus occidendi peremptorius; sufficit propositum lædendi aliquem, ita ut cædem inde facile sequi posse non ignoret. Nec, enim si quis vere sit hujus animi, ut adversarium duntaxat vulnerare velit, si tamen occiderit, dubium est quin de cæde teneatur. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoque factum sit, ait *l. 16. §. 8. in pr. de Pœn.*

N. ADDIT.

Mutavit hic aliquatenus dicta in positionibus, ob monitum Scholii nostri: unde utrumque hic erit inserendum.

Posit. 4. Dolus, hoc est propositum, requiritur, culpa non sufficit, l. 7. §. *Dolus autem intelligitur, propositum lædendi, unde cædes prospici possit, etsi ipse animus (c) occidendi absit*, l. 16. §. 8. de Pœn. l. 1. §. 3. h. *Nec obstat* l. 14. h. *voluntas enim*

enim ibi pro dolo sumitur, qui si absit, casus fortuitus non nocet. add. l. 3. §. 2. h.

(e) Mallem dicere: quod per dolum hic intelligatur propositum alterum interficiendi, & animus occidendi eundem, *d. l. 16. §. 8. de pœnis. d. l. 1. §. 3. h.* qui textus aperte docent, animum occidendi non debere abesse, si pœna legis Corneliæ locum invenire debeat. Et ita plane non obstat *l. 14. hic.*

Notabilis locus est in *l. 1. §. 3. h. t.* Divus Hadrianus rescripsit, *eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo admisit, absolvi posse,* ut in exemplo *superius* relato. *Et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum,* scilicet, pro severitate Legis Corneliæ, quam moribus hodiernis nusquam servari, probavimus. Pergit Marcianus; *Et ex re constituendum hoc;* Quando de animo palam demonstrato non constat, res ipsa factique circumstantiæ præsumptiones juris suggerere debent. Marcianus; *Nam si gladium strinxerit & in eo percusserit, indubitate, occidendi animo id eum admisisse.* Ponit indistincte, *qui gladio percussit,* adde, cultro, hasta, sclopo, similive instrumento ad occidendum usurpari solito; si iratus, non potest dubitari, quin occidendi animum habuerit, aut si forte vulnus solummodo imaginatus sit, non credimus, hoc esse dolo carere, si quis apud animum suum fingat se nolle occidere, dum hoc agit θυμῶ ῥέοντος, volens, quod occidentes faciunt, & dum occidit. Marcianus; *sed si clavi percusserit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam, quia in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.* Percussio facta clavi, cucuma, similive instrumento cædibus adhiberi non solito, si quidem *in rixa* fiat, cæde licet secuta, non punitur ordinaria pœna, secus si fiat ex animi destinatione. Verum in rixa, lite subita, ejusmodi instrumentum inducit præsumptionem, non adfuisse dolum. Exemplum: Studiosus Theologiæ cum alio Pontificiæ religionis, uterque Frisius, in hac Academia certabant de religione. Theologus iracundior, incalescens, hemina cerevisiæ, quam manu tenebat, caput alterius percussit: qui licet aliquot diebus superviveret atque exiisset, tamen cis quatriduum decessit, & quidem, ut judicatum est vulnere inspecto, ex ictu. Alius contubernalis meus, tesseris ludens, subita rixa, ut fit, candelabrum in adversarii caput conjecit, unde mortuus est: nihil tale cogitantibus vulnerum auctoribus. Titius in hac civitate, non ferens convitium quod esset γυναικοκρατούμενος, exprobrantis id sibi caput pugno percussit, qui inde mortem contraxit. Hæc & talia, passim obvia sunt exempla, ex quibus sententiæ illius usus intelligi potest, & quibus pœna convenit extraordinaria. De pluribus ad hunc articulum, vide Carpzov. *Qu. Crim. 3.*

6. Docent autem illa verba Marciani, quoties *in rixa* gladio vel simili cædis instrumento commissum est homicidium, non cessare pœnam hujus legis ordinariam; Si enim tum demum cædes *in rixa* admissa mitiorem habet pœnam, quando clavi vel cucuma facta est, atque hic modus occidendi opponitur ei, qui fit gladio, sequitur, hoc propositum, licet in rixa commissum, non mereri pœnam remissiorem. Profecto enim, si ex subita iracundia cædes sicis, gladiis, sclopetis admissæ, mitiorem capitali pœnam habeant, pleraque homicidia, quæ omni die ex subitaneis rixis ortum habent, impunita manerent, pessimeque saluti generis humani consultum foret; Eademque ratione furta & adulteria ex subitis hominum cupiditatibus orta, non paterentur ordinarias pœnas. Ipsi quin imo duella, quæ rapidis e causis sæpe committuntur, & Centaurorum Lapitharumque convivia rixis & cædibus cruentata, mitioris pœnæ favorem exigerent: quibus rebus nihil absurdius esse posset. Verum est interim, exquisita dari posse merita circumstantiarum & personarum, quibus judex ad mitiorem pœnam extra ordinem moveri possit: ut ex Alciato de puero, qui collusorem percusserat, exemplum profertur, ejusdem favoris cum eo, quod *in d. l. 16. §. 8. de Pœn.* memoratur, ex Homero Iliad. ψ.

Ἤματι, τῷ, ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος,
Νήπιος οὐκ ἐθέλων, ἀμφ' ἀστραγάλοισι χολωθείς.

Tum circa talos irascens, Amphidamantis
Gnato egomet vitam puer ac invitus ademi.

Extra hujusmodi casus, publica salus & rigor justitiæ postulat, ac ita constanter in nostris foris servatur, ut ordinaria pœna cædibus in rixa cultro gladiove commissis infligatur. Idque post rationes ultro citroque ponderatas, probat Carpzovius *d. part. 1. Qu. 1. n. 28. & seqq.* Ex quibus manifestum est, quam procul a via rationis & Themidos absint, qui ut probent, Marcianum ita sensisse; Rixæ causa cædes gladio quoque commissas ab

ab ordinaria excusari. lectionem Florentinam in *d. l. 1. §. 13.* mutant hoc modo: pro verbis, *Sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, leniendam pœnam ejus &c.* substituunt ita; *Sed si clavi percusserit aut cucuma, aut ferro in rixa, quamvis percusserit:* Quo ita discrimen juris inter modos cædis per instrumenta diversa, quoties aliunde non constat de animo, tollatur: Sed maneat laus ingenii, salva ratione & auctoritate juris: quæ hoc loco plane dictat, τὸ ἀκίνητον ἄμεινον, nihil esse causæ turbandi limpidum.

7. Verum tamen est, si quis impetu non bruto, vel insolenti, sed justa causa excitato, ad cædem proruperit, hunc mitius extra ordinem puniendum. Ita responsum de marito, qui uxorem adulteram occidit, quod non licet, *l. 1. §. ult. h.* & de patre, qui filium novercam adulterantem, in venatione occiderat, in *l. 5. ad L. Pomp. de parric.* Talis etiam sæpe fuit sententia Curiæ nostræ, ut in tali exemplo; Maritus hominem, qui uxori ipsius verbera intentabat, occidit, hic in perpetuum relegatus est, *Johannes Francken, d. 29. Octobr. 1585.* Alius a creditore suo intempestive monitus, videbat eundem uxorem suam interpellantem, & mox adversus eam gladium, ut invasurum stringentem: Vir id e proximo conspicatus, contum arripuit aculeatum, eoque caput hominis percussit, mox etiam genu inguini ejus impacto, sic hominem mulctavit, ut brevi moreretur; Ad decennium relegatus est, *Harmen Alberts, d. 29. Novemb. 1628.* quæ duo exempla reperi in MS. D. Antonii Kan, Procuratoris Frisiæ generalis. Nec tamen eadem ubique indulgentia valuit. Titius (aliud exemplum,) puellæ cuidam vim olim conatus inferre dicebatur: post triennium idem (*Tjaert Hessels* nomen erat,) cum fratre Adriano aliisque duobus diversorium, in quo ancilla degebat, invita ejus hera, saltu ostio inferiore superato, invaserat, strictum manu cultrum tenens, eamque verberibus indigne adfecerat. Post aliquot spatium illis digressis, ancilla ardens ira, rapto e penu cultro abeuntem in plateam publicam insecuta, Hadrianum fratrem ejus, cui præcipue infesta erat, percussit in tergo, ut brevi inde moreretur, sanguine foras non prodeunte. Quanquam magna ratio mitioris extra ordinem pœnæ militabat, quia tamen factum vindictæ propius, quam subito calori videbatur, ut tum quidem Curiæ sedit, ultimum supplicium subiit, *Anna Ulrici Edensis, annos nata 23, 10. Aprilis 1641.* ut Nauta refert *in suo MS.* Mea quoque memoria Studiosus Theologiæ Amstelodamensis, provocatus aliquoties a Juris studioso Bredano, cum gladium e museo petiisset, in platea publica cum eo congressus erat: Sed inter pugnandum hortatus alterum ut desisteret, etiam iverat cessim, ut alter ebrius in aciem irruisse magis quam percussus videretur. Non deerant ex Dominis, qui reum mitius extra ordinem puniri vellent, utique nullis heic adversus duella legibus severioribus; sed pars major ordinariæ pœnæ locum esse debere statuit. Oportet hac de re discrimen judicis arbitrio committatur, ut etiam ætatis, de qua Sandius *l. 5. tit. 9. def. 4.*

8. Atque huc etiam pertinet excessus moderaminis inculpatæ Tutelæ, de qua diximus ad *tit. Inst. de Lege Aquil. n. 2.* qualem excessum Curia nostra fustigatione & exilio, apud Sand. *d. defin. in fin.* mulctavit, nec amitti censuit moderaminis inculpati defensionem, etsi rixæ quis auctor, pugnæ non fuerit, *d. tit. def. 8.* In dubio autem non præsumitur moderamen, sed dolo facta cædes, sicut injuria, existimatur, *l. 1. & l. 5. C. h. t. l. 5. C. de Injur.* Nisi præsumptio contraria nitatur justis rationibus, a personis aliisque circumstantiis desumpta, de quibus A. Matth. *ad h. t. c. 3. n. 15.* & de quibus rebus prolixe egit Carpzov. *d. l. Qu. 28. & seqq.* Inculcat ille distinctionem inter moderamen defensionis, & moderamen inculpatæ Tutelæ, ac utriusque dividit excessum. Sed cum per moderamen defensionis nihil aliud intelligat, quam excessum inculpati moderaminis, Excessum autem simplicis defensionis vocet, qui sine prævia partis adversæ offensa committitur, ut docet *Qu. 29. n. 41.* hujusmodi cædem ab ea, quæ dolo committitur, vix opus sit discerni; ideoque ita videtur, ea distinctione facile careri posse: Excessum autem moderaminis circa tutelam corporis sui, generaliter ratione causæ, modi, & temporis distinguere licet.

9. Ratione causæ committit excessum, qui dedit initium rixæ, sed pugnam vitare voluit; hunc ab altero cum periculo vitæ invasum, si occidat aggressorem, lenius extra ordinem puniendum, censuit Curia nostra, apud Sandium *loco citato.* Aliter Carpzovius, qui tales ordinariæ pœnæ subjiciendos statuit, *d. Quæst. 29. num. 43. & seqq.* Exempla tamen rerum judicatarum, quæ refert, non tantum rixæ, sed etiam pugnæ initium reis adscribunt. Atqui hoc non ad causam, sed potius ad modum defensionis pertinet: planeque distinguendum, inter rixæ & pugnæ principium.

Si

Si rixæ, id est verbalis contentionis, initium reus tantum dederit, alter autem incontinenti ad arma prosiliens ipsum invaserit, magis est ut occidens aggressorem ordinaria non sit adficiendus pœna, quia rixari verbis est tralatitium, & toto genere diversum a pugna armata. Ad excessum ratione causæ, refert etiam Carpzovius, quando quis alium pro alio occidit, *num. 50. & seqq.* male ut videtur; Nam si factum sit per necessitatem defensionis, non ad causam, sed ad *modum* pertinet, & plerumque jure fit. Si vero extra causam defensionis, ad hunc articulum plane non pertinet: Quid ergo? si quis circa personam errans, Mevium occiderit, cum Titium vellet, an quasi effectu sceleris destitutus, mitius puniendus erit? Tentabimus, hunc ordinaria pœna plectendum esse: fuit enim occidendi animus: occidit etiam: tametsi non eum, quem destinaverat. Ita, qui Titio injuriam facere vult, si Sejo faciat, quem Titium putat, Sejo injuriarum tenetur, *l. 18. §. 3. D. de Inj.* Vasqu. *3. cont. ill. cap. 96. n. 32.* Idem, si cum Titium occidere vellet, Mevium adstantem, aut prætereuntem, vel intervenientem occiderit: est enim eadem utroque casu ratio. Ad excessum ratione causæ melius refertur, si quis minantem sibi mortem, occupaverit interficiendo. Si enim minæ sint ejusmodi verbis, aut gestibus prolatæ, quas reus facile evitare poterat, vix est, ut ordinaria pœna sit eximendus, ut Carpzovius probat *num. 84.* si vero minæ sint inevitabiles, & cum præsenti periculo junctæ, vix pro excessu moderaminis inculpatæ Tutelæ ejusmodi cædes haberi potest, *arg. l. 9. in pr. Quod met. c. l. 3. §. 5. de vi & vi arm. l. 1. C. Quand. lic. unic. fin. jud.* & per ea, quæ inferius dicenda venient. Quod si minæ sint præsentes quidem, sed nihil magni mali continentes, aut etiam evitari potuerint per fugam, recessum, vel corporis inclinationem, nec reus id faciendum putaverit, verum occidere maluerit, est eadem quæstio cum hac; An propter injurias corporis non capitales, & propter bona, liceat hominem occidere. Nam minæ actui proximæ & inevitabiles, a periculo præsente distingui non possunt, Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 1. n. 5.* Reliqua de fuga & evitandi facultate, pertinent ad secundum articulum, qui est de *modo*.

Carpzovius *Homicidium necessarium*, de quo moderamen inculpatæ sit intelligendum, ita definit, *quod non dolo, sed coacte, ob vitæ, corporis, honoris, facultatumque defensionem committitur. d. Qu. 28. pr.* Sed videamus; Quæstio proposita est bimembris, de injuriis non capitalibus, & de bonis. Quod ad prius attinet, pudicitiæ causa licere stupratorem violentum occidere, non dubitatur, Grot. *d. cap. 1. num. 7.* Idem de periculo mutilandi corporis alicujus membri, *n. 6.* Ad alapam, vel ictum baculi evitandum, non licet impune, licet ordinaria pœna locum non habeat; quanquam in Lege Aquilia, qui primus insultavit, tenetur simpliciter, *l. 52. §. 1. ad L. Aq.* Vide omnino Grotium, *d. c. 1. n. 10.* De bonis sic habendum; Si periculum vitæ sit conjunctum, licebit impune; ceteroqui non licet: Adeo ut, si quis furem nocturnum occiderit, ita demum impune ferat, si parcere ei sine periculo suo non potuerit, *l. 9. h. t.* In dubio autem præsumitur, vitæ periculum fuisse conjunctum; quo respectu Lex XII. tabularum, ut & Mosaica, furem nocturnum impune occidi posse constituit, ut Gajus scribit; modo occidens id cum clamore, quo de circumstantiis liqueat, testificetur, *l. 4. §. 1. ad L. Aquil.* Si constaret, nullum adfuisse periculum vitæ, non impune foret; attamen mitius extra ordinem animadvertendum, *arg. dd. ll.*

Postremo ad excessum ratione causæ pertinet; si quis provocatus, in arenam descenderit provocantemque occiderit, quo casu mitiorem capitali pœnam irrogandam esse, probat Carpzovius *d. Qu. 29. n. 70. & seqq.* tam si verbis contumeliosis, quam simplicibus facta sit provocatio, *num. 87. & seqq.* Sed quam hæc sententia generi humano sit gravis, probant omnium fere Principum hodiernorum Constitutiones adversus monomachias sive duella, provocatos æque ac provocantes capitali pœnæ subjicientes, * quod apud nos etiam absque novis Constitutionibus, tanquam ex jure communi magis obtinere, cum alias, tum patuit exemplo Studiosi, relato *l. 5. in f.* Nec quicquam a Carpzovio aliisve in hanc rem, ex jure Divino, vel Romano profertur, idoneæ probationis; quatenus reputatio gloriæ inanis, sine ullo vitæ periculo, non potest sufficere ad aperiendam fenestram creberrimis duellis, quibus optimus sanguis in media pace hauriatur. Si verbalis, aut realis injuria gravis provocationi accedat, omnino dicendum, extraordinariæ remissioni locum esse debere, per *l. 38. §. 8. D. ad L. Jul.*

* Idem etiam constituit Serenissimus Rex noster in Edicto Duellico, *de An. 1712. §. 37. seqq.*

de Adult. convitia sola sine provocatione, non sufficiunt, ut recte probat Carpzov. *d. l. Q. 30. n. 68. & seqq.* Nequidem ad evitandam pœnam ordinariam, nisi gravissima sit contumelia, & ex continenti iratus, pugna æquali, non ex insidiis, aut post intervallum, cædem commiserit, ut idem *n. 72. & seqq.*

10. Hactenus de causa; sequitur de Excessu moderaminis inculpatæ corporis Tutelæ, ratione modi, supposita sufficiente causa periculi vitæ. Ad hunc articulum pertinet regula, quod defensio non sit inculpata, nisi quatenus periculum vitæ aliter evitari non potest, *l. 45. §. 4. ad Leg. Aquil.* Proinde si quis adversarium aliter quam occidendo propulsare potuerit, occidere autem maluerit ira incitatus, is hunc committit excessum, cujus rei dijudicatio a circumstantiis pendet. Plane si constet, invasum sine periculo fuga sibi consulere potuisse, & defendere se, aggressoremque occidere maluisse, recepta est sententia ab omnibus gravitatem christianam professis auctoribus, committi excessum moderaminis inculpatæ Tutelæ; mitius licet extra ordinem puniendum. Et quidem in locis, ubi sine gravi dedecore non licet fugere, quemadmodum militibus ubique & Nobilibus, in quibusdam regionibus etiam quibusvis, fuga tanto pudori imputatur, ut qui invasorem vir virum fugit, inter honestos versari nequeat; ubi sic est, hujusmodi excessus videtur impune transmitti posse. Mores autem ejusmodi & instituta hominum, a Lege Christi tam aliena, reprehendi merentur, & bonis Legibus emendari debent: Civibusque inculcandum, non esse plus dedecoris, homines tam insanos fugere, quam canes rabidos; fortitudinis in justo pioque bello esse locum. Plane quidem in id etiam facile consensum est, non teneri invasum ad primum ictum expectandum, quando facile ex eo interire posset; nec etiam ad hoc, ut armis utatur paribus. Etenim quando quis vere in vitæ discrimen adductus est, nulla ratio salutis expediendæ prohibita est. Sed qui sine armis invasus, aut sine ejusmodi instrumento talique gestu & apparatu, ut vitæ membrive mutilandi periculum inde reformidari queat, arma strinxit invasoremque interfecit, excessum moderaminis committit, ut forte nec semper extraordinariæ locus sit pœnæ dandus; non si nihil quam colaphum amoliri volens, aut jam passus, hominem interfecit: etsi aliter Carpzov. *Qu. 30. n. 38.* Cum enim tralatitium & quotidianum sit, os depalmari, colaphos impingere, non potest ferre salus humani generis, ut ideo cædes admissæ levi pœna transmittantur, ne dicam id omnium minime ferendum in Republ. cui non omnino sit exempta memoria, summi Præceptoris Christi. Nec quidem aliud statuendum jure naturæ. Cum enim hujus summa sit regula, conservare societatem humanam, cui hæc res est inimica, non potest ei non adversari; ut hactenus Covarruvias merito a Grotio reprehendatur, *d. cap. 1. n. 10.* sed forsitan hæc observatio ad articulum præcedentem de causa, pertinet. Huc sine dubio refertur, quando invasus alium quam invasorem, forte, vel bono consilio intervenientem, sui defendendi, vel fugiendi causa interfecit: est enim excessus, sive destinato, sive inconsulto fiat. Si hoc, nulla poterit esse pœna, sed est excessus per casum fortuitum: si consulto, videndum, an nullo modo aliter evitari quiverit periculum. Si nullo modo, res tamen illicita esse videtur, innocentem nostra causa perdere, maxime secundum jus Evangelicum, ut censet Grotius *d. cap. 1. n. 4.* Sed judicialis pœna, si absque tali cæde salvus esse non potuerit invasus, infligi non potest, ut recte Carpz. *d. l. Qu. 29. n. 54.* Si quid hac parte culpæ, sine dolo, commissum videatur, pœnæ locus erit alicui extraordinariæ, judicis arbitrio, Carpzov. *ibidem.* Plane, ex Lege Aquilia tunc dari actionem, non est dubium, *l. 45. Ad Legem Aquil.*

Postremo ad excessum in *modo* pertinet etiam, si quis invasore volente recedere, atque petente ut a pugna desistatur, invasus nolit, verum instet irritatus & invasorem pœnitentem conficiat, quem excessum, pœnæ expertem esse non debere, manifestum est, ordinariæ tamen nequaquam: exigendum enim non est ab humana imbecillitate, ut in periculum vitæ adductus, in arena tam valide sibi temperet, quatenus constat, eos, qui reluctante licet animo pugnæ se primum commiserunt, in progressu θυμῷ ῥέοντος, ita plerumque incendi, ut se amplius in potestate non habeant, quo pertinent, quæ Carpzov. habet *d. Qu. 29. n. 26. & seqq.* Quid autem, si invasor pœnitentiam & oblationem suam videns sperni, defendentis personam induat, eatque cessim, attamen urgente altero, cum aliter non posset, adversarium occiderit? Non videtur hac fera & inutili pœnitentia ordinariæ pœnæ se eximere posse, per ea, quæ habet idem Carpzov. *d. Qu. 29. num. 43. & seqq.* Non eadem est ratio provocati, si hic sponte secutus

cutus

cutus in duellum, se prælio absque necessitate commisso deinde subducere cupiat, neque possit, altero violentius instante; si tum se defendendo, percusserit adversarium, ab omni quidem supplicio liberare se non potest; ab ordinaria tamen & provocationis, insultatio & moderatio in pugnando eum excusare videntur; Idque sine dubio sentiunt communiter, satis juste, ex iis, quæ Carpzovius habet *d. Qu. 29. num. 75. & seqq. & Qu. 30. num. 43. & seqq.* ubi eandem pœnæ mitigationem statuit habere locum, si quis jam fugientem insecutus percusserit. Quod ut in genere verum sit, in hypothesi tamen, cum minima circumstantia variet jus, prudenti judicis arbitrio committenda res est; quo nomine reprehensus est a Curia nostra Advocatus celebris, qui Studioso, cujus exemplum ad hanc observationem spectans modo retulimus, patrocinabatur, & nimis libere, non posse eum capite puniri, quod tamen accidit, præjudicaverat.

11. Superest excessus moderaminis inculpati, ratione temporis, ad quem articulum pertinet hæc regula; moderamen defensionis ita esse inculpatum, si fiat *incontinenti*. Nam qui periculo transacto cædem committit, utique non est in ea causa, ut aliter setueri non possit, quod est requisitum justi moderaminis, *d. l. 43. §. 1. l. 3. §. 9. vers. sed boc confestim, non ex intervallo. & l. 17. de Vi & Vi arm.* Quid sit incontinenti, mirifice variant Interpp. dum alii triduum, alii decem dies, alii duos, tres, vel quatuor menses intelligunt, & textibus firmant, ut refert Carpz. *Crim. Qu. 31. n. 11. & seqq.* Optime Græci: ἐν τῇ συμπλοκῇ, in ipso conflictu; antequam partes sint digressæ, *l. 7. §. 5. de Pact.* Quicunque igitur fugientem, vel arma tradentem, aut abjicientem, aut etiam exutum armis interficit, non servat inculpatum moderamen; multo minus, si ex intervallo, licet actus alius non intervenerit, ut probat Carpzovius *d. Qu. 31. n. 17. & seqq.* contra Cæpollam & Mascardum, qui moderamen inculpatum vocant etiam, quando invasus ivit domum & arma inde petiit, ut in relato superius exemplo Studiosi, aut fecit *practicam*, ajunt, *colligendi amicos*, quod si liceret, bella in civitate committerentur. Verum quando ob excessum temporis, ordinaria pœna cesset, vel non, res pendet ab hac summa distinctione: Doloris & iræ justæ calore, an vindictæ studio post periculum, cædes peracta sit. Et plerumque præsumendum est, si facta sit cædes immediate post congressum, antequam partes adhuc divulsæ fuerint, etsi fugiat, vel arma tradat invasor, non tam vindictæ studium, quam difficultatem moderandi calorem justum adfuisse, tametsi generosus animus statim ac adversarium in potestate sua esse videt, reprimitur, & supplicem exequi crudele arbitratur; si tamen in causa & in modo servata sit ab invaso inculpatæ tutelæ moderatio, propter hunc excessum ordinaria pœna non videtur adficiendus. Aliter forte, si causa moderaminis inculpatæ Tutelæ non adfuerit, ut si quis post verbera sibi inflicta abeuntem lethaliter percusserit, sicut ancilla superius commemorata, quæ cum vapulasset, insultatorem digressum, in plateam persecuta, cædem commiserat: Etsi varietas circumstantiarum infinita necessarium judicis arbitrium faciat. Carpzovius idem existimat, si quis post horam dimidiam a transacto & sedato conflictu, invasorem occiderit, ac ita judicatum a Lipsiensibus suis refert, de homine, qui Aggressorem post horam a conflictu dimidiam, stans post januam & observans eum, interfecerat, *d. Qu. 29. num. 33.* Quod ego nostris Justitiæ vindicibus non putarem placiturum; cæde præsertim malo more ex insidiis animoque deliberato facta, vindictæ studio manifesto; Non videtur hæsitandum, quin tali casu ordinariæ pœnæ sit locus; etiam, si quis post longius spatium, & maxime si quis post rem transactione sopitam, licet non ex insidiis, invasus Aggressorem interfecerit.

12. Quantum ad personas attinet eorum, qui cæsi dicuntur, parum interest, qualis homo qualem hominem occiderit, liberum an servum, *l. 1. §. 2. & l. 11. §. 1. & 2. D. h. tit.* Et gentium Leges, quæ discrimen hactenus inter Nobiles & plebejos statuunt, admodum emendationis egent. In moderamine inculpatæ Tutelæ nihilo magis differentiæ locus est. Adversus Principem autem Supremum quid liceat hac parte, juris privati rationes excedit. Denique non modo tutius, sed & verius est, Principis invadentis personæ esse parcendum, Grot. *d. c. 1. num. 9.*

Sunt sane, qui impune occidi possunt: nempe transfuga, *l. 3. §. ult. D. h. tit.* desertor militiæ, *l. 2. C. Quand. lic. unic. vind. se vel pub. devot.* latro & nocturnus grassator in agris, *l. 1. C. eod. l. 2. 3. 4. C. h. tit.* quin & fur quicunque alius, seu diurnus, seu nocturnus, si telo se defendat, parcique ei sine periculo non possit, *l. 9. D. h. tit. l. 4. §. 1. D. ad Leg. Aquil. l. 45. §. Furem. D. de furt.*

furt. adulter, juxta *l. 20. & seqq. D. ad Leg. Jul. de adult.* raptor mulieris, *l. un. verf. te igitur. C. de rap. vir.* ſtuprator, qui vim adhibet, *l. 1. §. pen. D. h. tit.* hi omnes impune occiduntur.

SCHOLIUM.

Imo ne impune ſaltem, ſed etiam ex his aliqui juſte. Scilicet, ſi lex præmium ponat, vel factum laudet, ut in interficiendo deſertore militiæ, juſte agis, & tanquam executor voluntatis publicæ; ſin indulgeas ſaltem affectui tuo, impune quidem ages, at injuſte, ſi adulterum interficias.

RESPONSIO.

Non ſumſimus hic τὸ impune cum oppoſitione ad juſtitiam, ſed impune fieri diximus ejusmodi cædes, ob remotionem pœnæ capitalis: indiſcrete, per juſtitiam an remiſſionem pœna Legis ceſſaret. Hujus enim rei dijudicatio magis ad philoſophiam pertinet, nec hujus eſt loci.

N. ADDIT.

Ergo Autor a me non diſſentit. Neque obſervatio mea ab hoc loco aliena eſt. JCti enim, cum veram philoſophiam profiteantur, obſervationes & explicationes ex principiis philoſophiæ moralis vel Juris naturæ petitas, a ſe nequaquam alienas eſſe, arbitrari debent.

Inter eos, qui impune occiduntur collocari ſolent rei criminum, qui Lictoribus, ne capiantur, reſiſtunt: Nam fugientes ſatis convenit, occidi non poſſe, niſi admodum Reipubl. interſit, non evadere delinquentem. Quod ſi reſiſtat, multi exiſtimant, indiſtincte reum interfici poſſe, de quibus Wiſſenb. ad *tit. de Cuſtod. & exhib. reor. th. 25.* Sed verius eſt, id non aliter licere miniſtris, quam ſi manifeſtiſſimum ſit, Reum mortem eſſe meritum, aut judice Supremo id ſpecialiter injungente, cujusmodi mandatum in noſtra Curia datum memini, cum duo ad pœnam morti proximam damnati, effracto carcere ſe proripuiſſent, a quibus multum mali non ſine cauſa metuebatur. Imperatum eſt ſubſtituto Procuratoris Generalis, ut ſi quidem vi ſe defenderent, nec aliter eos in poteſtatem redigere poſſet, ſclopis illos impetere liceret: non æque tertium, qui furti damnatus, operis publici tempus ferme abſolverat, *d. 9. Jul. 1681.* Hactenus quidem Judici integrum eſt; verum Edicto cuilibet hominis necandi poteſtatem facere, ut adverſus alterum ex illis maleficis paulo poſt ab Ordd. Friſiæ decretum eſt, id non eſt judicis neque meri imperii, ſed ad jus vitæ & necis, ſummamque Reipubl. poteſtatem pertinet. Cæterum, ſi dum Lictores in hoc ſunt, ut reos criminum capiant, accidat, ut imprudenter eos interficiant, ordinariæ tamen pœnæ non ſubjiciuntur, ſed mitius extra ordinem plectendi ſunt. Quin etſi deſtinato, dum capere eos conantur, occidant, ordinariæ tamen pœnæ non eſſe locum, viſum eſt Curiæ noſtræ in hac cauſa: Lictor a Prætore Smallingerlandiæ miſſus, ut quosdam errones maleficos caperet, unum ex illis *ſclopum* humeris geſtantem, ſclopeto ſuo percuſſum occiderat. Ipſe factum negabat, ſed ad torquendum ſatis erat argumenti. Verum, quia ſic erat opinio; Reum etſi confeſſum, plus tamen pœnæ quam relegationis pati non poſſe, viſum non eſt ad tormenta procedere, teſte D. Nauta relatore in *Deciſ. Mſ. d. 11. Jul. 1636.*

13. Poſtremo repetemus, quod alias dictum; Pœna legis Corneliæ fuit deportatio, & omnium bonorum publicatio: poſtea honeſtiores quidem deportari, humiliores capite plecti cœperunt, *l. 3. §. pen. D. h. tit.* Juſtinianus vero in *§. 5. Inſt. de publ. jud.* tantum gladii pœnam proponit, eaque hodie utimur. Præter hanc pœnam capitalem, Saxonico, & aliarum gentium jure, mulcta conſtituta eſt in homicidas, qui capite puniri non poſſunt, quam *Weergeld* appellant, noſtrates *een manſboete.* Saxones habent nimis modicam pro veteri paupertate, viginti thalerorum, ſine diſcrimine perſonarum, niſi quod pro femina dimidium ſolvitur. Carpz. *Cr. Quæſt. 34.* In noſtris Statutis *lib. 2. tit. 3. art. 1.* civilis mulcta homicidii definitur trecentis florenis majoribus, qui faciunt Imperiales CLXVIII. etiam ſine diſcrimine perſonarum, ne ſexus quidem excluſa differentia; textus enim ſimpliciter loquuntur. Pro Fiſco dimidium prædictæ ſummæ ſolvitur, *d. art. 1.* Fiſcalis illa mulcta exigitur, quando reus ſe fuga ſubduxit, ex bonis homicidæ, ſed reſtituitur deductis impenſis, ſi reus deinde ſit abſolutus, vel condemnatus ad mortem, *d. tit. 3. art. ult.* Quid ſi extraordinaria pœna ſit affectus, relegationis aut ſimili, an etiam tum mulcta civilis reſtituetur? Non videtur, per verba, *ſi condemnetur ad mortem.* Quod ſi reus ab initio capiatur, hæc mulcta fiſcalis non exigitur; utique ſi abſolvatur, vel capite plectatur. Si extra ordinem punitus ſit, propter homicidium non doloſum, mulcta videtur habere locum, quia exacta non redditur, ut dictum: Ergo potuit ac debuit exigi.

Quid autem de mulcta trecentorum florenorum, quando & quibus illa debetur? Lex ita ait; *Pro civili mulcta homicidii solvetur summa trecentorum florenorum. Et Fisco dimidium.* Non addit, quando & quibus. Sed τὸ quando colligi potest ex eo, quod de mulcta fiscali traditur in *§. ult.* Non debetur in casu absolutionis, vel condemnationis ad mortem: sed in casu homicidii non dolosi, & pœnæ alicujus extraordinariæ corporisque non adflictivæ, exigi potest, per ea, quæ Carpzov. habet *d. Qu. 34. n. 42.* Quibus debeatur, ex natura negotii & oppositione Fisci colligendum; scilicet illis, ad quos injuria & sensus calamitatis maxime pertinet, qui sunt proximi agnati & cognati, (jure Saxonica soli agnati vocantur,) nec heredis titulus videtur esse necessarius, si quidem interfectus forte non habeat heredem; Cum enim in solatium & satisfactionem proximorum, ad quos pertinet cædem persequi, hæc mulcta sit reperta, qualitas heredis deficiens hanc rationem non evertit. Verum si occisus habeat heredem extraneum & testamentarium, hic præferendus videtur, quatenus ad hunc, officium vindicandi necem defuncti pertinet, *l. 1. & 1. tit. de SC. Silan.* Quanquam enim hoc vindictæ officium hodie forte non sit necessarium, ad neminem tamen propius quam ad heredem pertinet. An vero nec hodie teneantur heredes ad vindicandum defuncti necem, sub pœna *indigni*, disquiritur. Adfirmat Heigius *2. Quæst. 34.* Negat cum plerisque Carpzovius *d. Qu. 34. num. 74.* Mihi non videtur abs re Heigius; si casum ponas, qui ponendus est, quando quis domi suæ morte violenta sublatus est. Hereditatem enim adire sine nulla persecutione tanti sceleris, heredem conscientiæ suspectum redderet. Denique, si plures homicidium commiserint, singulos ad solidam mulctam teneri, verius est, etiam in hoc casu, quando non constat cujus ictu perierit, *arg. l. 11. §. 2. D. Ad Leg. Aquil. l. 34. de injur.* Carpzov. *d. Qu. 34. n. 31. & seqq.*

14. Porro Lex Cornelia Sicariis junxit Veneficos, *qui tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint. §. 5. in fin. I. de Publ. jud.* De susurris magicis parum creduli sunt nostrates, iis mortem aliaque mala infligi posse: nec admittuntur hujusmodi in judiciis nostris accusationes; qua de re scribit his diebus Vir. Rever. *Balthasar Beckerus SS. Theol. Dr.* eximius, Amstelodamensis Ecclesiæ Pastor; ad probationes harum rerum quicquid traditur, esse nugatorium. Nos inter rationem & antiquissimas relationes arbitrium non capimus; nec adeo pœnam susurris magicis impositam memorare habemus. Pœna veneficii perfecti, capitalis haud dubie, *d. §. 5. in f. l. 28. §. 4. de Pœn.* quibusdam locis vivicomburii, alibi rotæ est, ut Carpzov. *part. 1. Qu. crim.* Apud nos strangulantur ad palum, ut plurimum, scelere perfecto. Imperfectum, cum animus occidendi eventu destitutus est, jure civili ordinaria capitis pœna adficitur, *l. 1. §. 1. & l. 3. in pr. h. l. 1. in f. D. Ad L. Pom. de parr.* At hoc moribus non servatur; Extraordinaria mitior infligitur pœna, ut late probat Carpz. *Crim. Qu. 27. n. 37. & 41.* Nec tamen fieri non posse putem, ut conatus ordinariam quoque pœnam subeat, velut, si quis patrem matremve tollere voluerit, *d. l. 1. ad. L. Pomp.* nec alienum videtur, eos, qui id agunt, ut venena exitiabili homines necandi animo vendant, & quasi officinam habent venenariam, capite puniri secundum *d. l. 3. in pr.* qualis ille nequam in Gallia, qui Dominam Brinvilleriam de Aubray Lutetiæ, pluresque alias corrupit atque ad necem proximorum instruxit; de qua in *processu* typis edito dictæ *D. de Brinvilliers.* Quo majus periculum a quoque delicto, (nec potest esse majus quam veneni, a domesticis maxime propinati,) tanto major exacerbatio pœnæ adversus conatus, etiam juris rationem habet. Diximus & *supra.*

TIT. IX.

Ad Legem Pompejam de Parricidiis.

I. Remissio, & quinam hac lege teneantur. II. De pœna consciorum hujus criminis. III. IV. De aliis casibus ejusdem naturæ adfinibus.

PArricidii vocabulum quadrifariam sumi, *ad tit. I. de publ. jud. n. 9.* ubi de hoc crimine peractum est, demonstravimus. Pœna culei tantum habuit locum in iis, qui cognatos lineæ recta, ut parentes & liberos, interfecerunt. Adversus reliquos sanguine & adfinitate junctos, pœna L. Corneliæ, modo tamen variata stringitur, *§. Alia deinde. 6. in fin. Inst. de publ. jud.* Qui alias per-

personas occiderunt, præter matrem & patrem & avum & aviam, capitis pœna plectuntur, aut ultimo supplicio mulctantur, id est crucis, verba *l. 9. §. 1. h. t. & l. un. C. de His, qui parent. vel lib. occid.* Nempe matri, patri, avo, aviæque jungendi in iisdem gradibus descendentes, liberi & nepotes utriusque sexus, *l. un. C. de His, qui parent. aut lib. occid.* Pater tamen, qui liberos habet in potestate, non patitur pœnam Legis Pompejæ, quod est vestigium veteris patriæ potestatis, *l. 1. h. t.* ubi sola mater parricidii rea declaratur. Idque ita in matribus infantes suos interficientibus, quo crimine nullum frequentius facit impotentia sexus contra venerem & pudorem, hodieque servatur; nisi quod culeus sine comitatu canis, simiæ, galli & serpentis, apud nos obtinet, non æque apud Saxones, nisi quod ibi felis, loco simiæ, quandoque additur in sacco, ut testatur Carpz. *Cr. Quæst. 9. n. 26.* In Avia idem servatur, ut Carpzov. *d. Quæst. n. 42.* nuperque in nostra Curia extitit exemplum, matris & aviæ propter eundem infantem ex Lege Pompeja punitarum. Quocunque autem modo matres suos infantes occidant, nihil refert; cujusmodi varios modos longa serie additis exemplis enumerat Carpzov. *d. Qu. 9. n. 46. & seqq.* quibus addi potest, quod non ita pridem mater infantem ex legitimo natum matrimonio, in cisterna sub aqua tamdin pendentem a funiculo habuit, dum suffocaretur.

2. De consciorum in hoc crimine pœna, maximæ res dubitationis est, propter duos in hoc tit. textus; Altero conscii, licet extranei, eadem pœna qua parricidæ adficiuntur, *l. 6.* Altero frater, qui cognoverat tantum, nec patri indicaverat, relegatus dicitur, *l. 2. h. t.* Flagitant hi textus hanc distinctionem, utrum scientia nuda fuerit, an conspiratio & participatio sceleris, cum ope & consilio; quomodo conscii accipiuntur in *l. 7. C. de Pagan. l. 16. in pr. de Pœn. & l. 6. C. Qui testament. fac.* Carpz. *Cr. Quæst. 11. n. 44. & seqq.* Qui tamen pro tali participatione non habet exemplum mulieris, quæ adfuerat cum soror pareret, quæ infantem vivum in manibus habuerat, adspexerat sororem matrem, digitis in os parvuli insertis eum suffocantem, quæ nec verbo, nec facto, cum facillime posset, obstiterat, quæ infantem quoque mortuum in cella subterranea defoderat. Hanc ut nude consciam Lipsienses, laudante Carpzov. ad exilium temporale, & si maritus ejus deprecaretur, ad carcerem aliquot septimanis damnarunt. *d. Quæst. XI. n. 51. & 52.* Quantum absit illud a participatione criminis, non intelligo. Nec ita Curiæ nostræ visum in exemplo matris modo dictæ; quæ una cum filia culei supplicio adfecta est, etsi tantum ad executionem facti, quantum illa soror, non contulisset: Tamen etsi verum est, matrem quoque magis ex officio auctoritatis suæ, ad impediendam filiam in tanti sceleris apparatu teneri, ut bene Gomez. *2. var. Resol. c. 3. n. 4.* Id equidem animadvertendum est, utrum conscii ex perversa quadam miseratione, ne factum revelaretur, operam dederint, an opem consiliumque adhibuerint.

3. Est etiam ut in genere pœnæ discrimen aliquod servandum sit, pro culeo gladius, aut ne cadaver post mortem ostentui exponatur, quod apud nos in compensationem canis, simiæ & viperæ, ut videtur, fit ordinario. Cujusmodi moderatio servari quoque potest, si mater infantem manu admota ut occiderit, verum in sordibus suis neglexerit, non extingui necesse fuerit, aut si infans immaturus fuerit, ut per naturam vitalis esse non potuerit. Carpzov. *ibid. n. 28. & seq.*

Huc etiam referri potest expositio infantium; Liberos recens natos exponere, jure Veteri erat impunitum, ut apparet ex *l. 29. de Manum. Testam. & l. 16. C. de Nupt.* juxta notissimum Græciæ morem, quo refer exempla Comica *passim.* Poterat Pater exponere, vel *tollere* liberos, id est alendos suscipere, *l. 2. §. 2. de jur. Patron.* Sublatos exponere, nefas & quasi homicidium erat, *l. 4. de Agnosc. & alend. lib.* Dein expositio plane prohibita, ejusque loco surrogata est venditio *sanguinolentorum*, id est recens natorum, *l. 2. C. Patr. qui liber. distr.* Pœna est extraordinaria, *d. l. 2. & l. pen. C. de Patr. pot.* In Curia nostra animadversum reperio in ancillam Franekerensem, quæ infantem suum recens natum Harlingæ super canale ligneum deposuerat, ubi vivus repertus, & cis triduum mortuus erat. Exposita est in theatro ignominiæ cum infante ligneo a collo suspenso, & relegata ad quinquennium, a virgis ob recentem partum excusata, *d. 21. Octobr. 1647.* referente Nauta. De Crimine abacti partus, egimus *ad t. de Extr. crim. n. 2.* de quo latius vide Carpzov. *d. Qu. XI. a princ.* Conatum quoque parricidii extra ordinem puniendum, etsi jure civili pœna capitis, *l. 1. h. t.* communiter receptum & ubique servatur. Carpz. *Cr. Qu. 17.* Idem si infantes inveniantur mortui e partubus, quos mulieres, ut fit, celaverunt. Si quæstionem sustineant,

stineant, nihilominus extra ordinem puniuntur: Virgis cæsæ relegantur, aut in opus publicum dantur apud nos, ut plurimum.

4. Porro, sicut legis Corneliæ pœna mitigatur ei, qui stimulo justi doloris concitatus occidit; ita patri quoque pœnam mitigant LL. si justi doloris vi victus filium peremerit, *l. 5. D. h. tit.* quæ causæ nec filii cæterorumque respectu penitus cessant; ut in *l. 35. de Relig. & sumt. fun.* Wissenbach. *h. t. th. 16.* plenius Carpz. *Crim. Qu. 12.*

Possunt etiam citra cædem, Parentes ob immanem sævitiam extra ordinem coerceri. Quo modo a Curia nostra, quod memini, mater & vitricus, quia filium non modo ut mancipium duriter, sed etiam sine modo crudeliter habuerant, relegati sunt anno 1681. Cæterum, quod parricidii pœna dicitur esse perpetua in *l. ult. h.* id de maximo in criminalibus spatio intelligendum, quod est vicennium, *l. 12. C. ad L. Cornel. de Sic.*

TIT. X.

Ad Legem Corneliam de Falsis.

I. Varietas hujus criminis & pœnarum. II. Partitio specierum hujus criminis, & pœna falsorum circa homines. III. Pœna falsorum circa res. IV. Pœna falsæ monetæ.

FAlsum est fraudulenta veritatis imitatio, vel suppressio, in præjudicium alterius facta. Species ejus perquam variæ sunt in *l. 1. §. 1. 2. 4. 9. l. 3. & l. 8. h. t.* nec minus variant pœnæ; quandoque deportatio, *l. 1. §. ult.* aliquando ad bestias, *l. 8.* quandoque relegatio, *l. 21.* vel interdictio ordinis aut officii, *l. 13. §. 1.* quin aliquando pecuniaria in duplum pœna, *l. 32. §. 1.* add. *l. 8. 11. 16. 17. pen. & ult. C. h. t.*

2. In universum committitur Falsum vel circa homines vel circa res. Circa hominem falsum committit, qui falsum partum supponit, *l. 19. §. 1. & l. 30. §. 1. hic.* vel nomen, *l. 13. ff. & l. 20. C. eod.* vel testimonium falsum dicit, *l. 1. & l. 20. ff. eod.* qui judicem corrumpit, vel corrumpendum curat, *l. 21. in fin. hic.* qui aliquem testari prohibet, *l. 16. hic.* Falsum partum qui supponit, tam mulier quam obstetrix, pœna capitali punitur, *l. 2. de Carb. edict.* Ejus accusatio nulla temporis præscriptione depellitur; nec interest decesserit nec ne mulier, quæ partum subdidisse contenditur, *l. 18. §. 1. hic.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quoad actionem civilem, conf. Wissenb. h. t. th. 11. *nam in criminali interest. Si enim supponens mortuus sit, cessat finis actionis criminalis, ut scilicet capite plectatur.*

De eo soli accusant parentes, aut hi, quorum interest, non quilibet ex populo, *l. 30. §. 1. hic.* Circa nomen committit falsum, qui dolo malo, *l. un. C. de mut. nom.* nomine vel cognomine falso, *l. 13. hic.* aut insignibus & titulis altioris ordinis utitur, Paul. *5. sent. 25. §. 11. & §. 12.* ubi Cujac. Qui nomine magistratus falsas literas proponit, aut reddit, *l. 25. hic.* * Qui tutor cum esset, eo dissimulato, vectigalia publica conducit, *l. un. C. ne tut. vel cur. vect.* Circa testimonium committit falsum, *l. 1. pr. §. 20.* qui sive falsum perhibet, sive verum malitiose tacet, & qui pecuniam pro ferendo testimonio accepisse, pactusve fuisse convincitur, *d. l. 1. §. 1.* cujus rei pœna pro meritis circumstantiarum variat. Exemplum; Aliquis dederat testimonium extra judicium in causa injuriæ verbalis, dein apud judicem inferiorem contra testatus erat; apud Curiam judicio appellationis iterum, quod prius dixerat, confirmaverat; fassus se adductum esse ad secus testandum ab adversa parte, promissione operis, (textor erat,) hiberno tempore locandi: Infamis declaratus, & in triennium relegatus est. Alius sine corruptione pecuniaria falsum & contraria testatus, homo simplex & nauci, ad octiduum pane & aqua maceratus, ac intestabilis declaratus est, uterque, *d. 3. Martii 1681.*

3. Falsum quoad res, committitur circa monetam, *l. 1. 2. 3. C. de fals. mon.* scripturam, *l. 1. & l. 16. hic.* mensuram, *l. 32. eod.* & alias res, puta leges & constitutiones. Circa scripturam falsum committit, qui scripturam sive publicam sive privatam abolet, radit, immutat, aut alio modo, quominus veritas appareat, facit, *l. 1. l. 16. l. 23. & l. 38. & c. hic.* Qui legatum vel hereditatem sibi in testa-

* Inprimis falsarii mendicantes, qui incendii, morbi, deteriorationis aut similis casus infortunium simulant, & in hunc finem literis & sigillis alienis abutuntur, in Saxonia fustigationis & relegationis perpetuæ pœna plectuntur, ubi pecuniæ quantitas collectæ non attenditur, ut docet, & multis præjudiciis firmat Carpzov. *Crim. Quæst. 93. §. 71.*

testimento alieno adscribit, *l. 1. l. 4. l. 5. l. 11. l. 12. l. 15. l. 17. l. 18. & l. 22. §. 1. hic.* Hæ species infamia, privatione cinguli, exilio, quandoque etiam capite puniuntur, *dd. ll. & moribus hodiernis.* Circa mensuram falsum committit, qui injusta mensura, pondere, bilance utitur, *l. 32. §. 1. hic,* ubi pœna relegationis, & dupli pro eo cujus interest. Moribus extraordinaria; plerumque apud nos infamia & inhabilitas, exemplis obviis. Quandoque gravior, ad capitalem usque, uti res sunt.

4. Circa monetam falsum committit, qui veram cudit, cujus ipsi non est potestas, *l. 1. & l. 2. C. de fals. mon.* qui eam radit, diminuit, *l. 8. hic.* qui in aurum quid vitii addit, *l. 9. eod.* qui adulterinam monetam conficit, *d. l. 9.* eam sciens dolo malo expendit, *d. l. 9. l. 1. l. 2. & l. 3. de fals. mon.* qui cum prohibere tale quid posset, non prohibuit, *d. l. 9.* Principale crimen vivicomburio punitur, *d. l. 2.* Domus, ob negligentiam domini publicatur, *d. l. 2. & l. 9.* Pœna tam atrox est, quia simul crimen Majestatis committitur, siquidem jus cudendæ monetæ est e minoribus summæ potestatis juribus. Pœna tamen vivicomburii * moribus humaniorum gentium fere est abolita, ac in pœnam gladii conversa. Adjutores & Erogatores nummorum falsorum, mitius extra ordinem, pro meritis circumstantiarum habentur. Carpzov. *Quæst. crim. 43.* Vide quæ *ad Instit. tit. de Publ. jud. n. 10.*

Tit. XI.

Ad L. Juliam Repetundarum.

I. Quinam in hanc Legem incidant, ubi de venditione munerum publicorum. II. Exceptiones, quatenus aliquid donare licet Magistratibus. III. Pœna delicti.

CRimen Repetundarum ita dictum est, a pecuniis *repetundis*, quas Magistratus, & quicunque in alia qua potestate vel officio publico sunt, accepere, quo magis aut quo minus facerent officium suum, *l. 1. 3. 4. 6. 7. & l. ult. h. t.* Nomen petitum est ab eo, quod præcipue in hoc crimine propositum est, ut pecuniæ repetantur atque reddantur iis, ad quos pertinebant, ut Asconius *in 2. Verrin.* testatur. Idem patet ex *l. 1. C. h. t.* quæ docet etiam, Magistratus quoque teneri ex eo, quod comites & ministri illorum acceperunt, pecuniarie scilicet. Nec tantum ante, sed neque post officium peractum, quicquam capere licere, satis liquet e ratione, quod tum lex facile posset eludi, atque e textibus in *l. ult. C. h. t.* ubi; *neque daturos unquam fore.* Item; *Post depositum officium. l. 4. D. eod. l. 1. §. 1. de Calumniat.* Propter eandem rationem emptiones præsidibus & judicibus interdicuntur, *l. un. C. de Contract. jud. l. 6. §. ult. de Off. proconf. l. pen. §. 1. h. l. ult. C. eod.* Porro ex eo quod tam tenentur, si acceperint quo *magis*, quam in id quo *minus* facerent officium, recte colligitur, eos æque si bene quam si male fecerint, judicaverint, teneri, *l. 4. h. l. 2. §. ult. de Condict. ob turp.* Proinde cum venditio publicorum officiorum, quæ a Magistratibus conferuntur, vel maxime ad hanc legem pertineat, non minus tenebuntur, qui honores & officia contulerint in idoneos quam indignos, *d. l. ult. C. h. t.* Sed hæc pars criminis repetundarum contage temporum valde exinanita est, ut nusquam fere puniatur: Sane quatenus summæ potestates ipsæ officia honorum pretio vendunt, hoc crimen non esse crimen, satis constat *l. un. in pr. D. Ad L. Jul. de amb.* Verum Magistratus id agentes, non modo injuriam faciunt virtuti & Reipubl. quod etiam Principes peccant; sed insuper vendunt res alienas, quarum non proprietas, sed administratio ad illos, pertinet. Quando tamen hoc genus corruptionis, *sæculum* vocatur & ex earum rerum numero est, quæ semper vetabuntur, semper admittentur, apparetque institutum inane, si quis populus hoc institutum legibus aut jurisjurandi formulis eradicare velit; non est ambigendum, quin rectius consulant, qui singulis honorum officiis civile pretium, quod in ærarium inferatur, imponunt; quo saltem si virtuti meritisque suus honos haberi nequeat, pecunia ad eum, cujus est res vendita, perveniat. In Legatis tamen, qui etiam sub hoc crimine comprehenduntur, *l. 1. in pr. h.*

* Ita quoque consuetudine Saxonica hæc pœna tantum locum habet in eo, qui falsam monetam cudit & expendit, Carpzov. *Pr. Crim. qu 42. n. 31. seqq.* non in eo, qui format vel expendit, ex quibus hic fustigatur, ille gladio punitur. Carpz. *l. c. n. 91. seqq.* Multominus ignis supplicium moribus nostris in eos statuitur, qui monetam auream vel argenteam resolvunt, licet Edicto Monetali Ferdin. *in R. I. d. an. 1559. §.* Wir ordnen. *17.* ita constitutum sit. Carpz. *d. l. qu. 43. n. 51.*

nostro

nostro seculo soloque, per annos viginti & amplius servatum vidimus Legem rigidissimam, ne donum, munus, aut xenia, legatis accipere liceret: donec id aliquando rursus in diversum invaluit.

2. Excipiuntur alioqui xenia, id est esculenta & potulenta, quæ Magistratibus & Legatis semper accipere licuit, sub moderatione prudentiæ decora, quæ præscribitur in *l. 6. §. 3. de off. Procons.* Excipiuntur etiam exceptæ personæ, a quibus in infinitum accipere licet, ut habetur in *l. 7. §. 1. h. t.* Sunt autem exceptæ personæ, omnes cognati usque ad consobrinos *inclusive, juxta* uxorem, *l. 1. §. 1. h. t.* Quid autem hoc, *in infinitum?* & quorsum illa exceptio a Lege repetundarum? an igitur ab exceptis personis capere licet Magistratibus, quo magis aut quo minus faciant officium suum? idque in infinitum? Ita memini fuisse qui serio contenderent, & consecutio regulæ atque exceptionis in *d. l. 1. & d. l. 7.* ita ferre videtur. Sed absurda res est, in cognatis licere scelera exercere, quæ non licent in extraneos. Accipienda est exceptio de xeniis, quæ a cognatis sine mala suspicione capere fas, *in infinitum*, hoc est, incerta & illimitata quantitate, quæ respectu aliorum limitatur, uti ne plus doni vel muneris in anno accipiant Magistratus, quam quod sit aureorum centum, *l. 6. in fin. h. t.* Hæc quantitas satis indicat, illam exceptionem de majoribus pecuniis non esse intelligendam, idemque evidentius inde colligitur, quod uxor inter exceptas personas numeratur, quam viro nihil, unde pauperior ipsa, locupletior ille fiat, donare posse, constat ex *tit. de donat. int. vir. & ux.* Quod igitur de exceptis personis Legi Juliæ Repetundarum subjicitur, non tam est exceptio, cum non habeat eosdem cum regula terminos, quam limitatio prohibitionis, ne quid accipiant Magistratus.

3. Pœnam hujus delicti habuimus ad *Instit. d. loco*, scilicet extraordinaria, ut & ad mortem adsurgere possit, *l. 7. §. ult. h.* Præter quam est pecuniaria in quadruplum, *l. 1. C. h.* quæ & specialiter in venditores munerum publicorum statuitur, *l. ult. in fin. C. eod.* quadruplo inter accusatores & fiscum dividendo, *l. 3. C. de Adsessor.* Sed ἀπροσδόκητον, quod hæc quadrupli pœna transit ad heredes, *l. ult. ad L. Jul. pecul.* quod alias fieri negatur, ut *§. 1. I. de Perp. & temp. Act.* Est hoc singulare publicis judiciis; quasi ipso jure commissum Pœnæ, vivo delinquenti inflictum, heredes per consequentiam affligat, ita ut in publicatione bonorum. Moribus hæc pœna variat. Nundinatoribus officiorum honoris, apud nos pœnam infamiæ & *inhabilitatis* lex minatur, Edictum *d. 3. Mart. 1647.* Sed ut dixi, *corrumpere & corrumpi seculum vocatur*, ut jam olim Tacitus dixit, Lex est, sed in tabulis recondita; Qua de re queri, valde otiosum ac inutile fuerit. dicat *Horat.*

Quid tristes querimoniæ,
Si non supplicio culpa reciditur?
Quid leges sine moribus
Vanæ proficiunt?
Quis veterem audeat
Refrenare licentiam!

TIT. XII.

Ad Legem Juliam de Annona.

IN hanc legem incidit, qui per illicitas artes fecit, ut annona fieret carior, cujus pœna *viginti aureorum* statuitur in *l. 2. §. ult. h. t.* Mirum est, adeo levem placuisse pœnam criminis, quod Romæ inprimis fuit periculosum, cum propter immensam populi multitudinem, tum quod Italia prædiis impleta voluptariis, minime tantum frumenti, quantum alendis hominibus requirebatur, proferret; Africa & Sicilia non immerito horreis populi Rom. appellatis. Hinc qui Ægyptum tenebat, unde subvectio, Italiam fame strangulare poterat. Quoties autem ventis & tempestatibus fieret, ut naves diutius arcerentur ab Italia, sæpius ad extremam ventum est egestatem, & Neroni inexpiabilis orta est invidia, quod in ejusmodi fame publica, naves Alexandrinæ harenam luctatoribus aulicis attulissent. *Sueton.* Et tamen is, qui naves nautasque dolo malo retinet, duntaxat eadem aureorum 20. pœna teneri dicitur, *l. 2. §. 1.* Sed addendum, quod *l. 6. pr. de Extraord. crimin.* docet, aliquando Dardanarios (sic appellantur annonæ insidiatores, forte ab aliquo nequam, cujus meminerit Apul. & Tertul. aut nationis Dardanicæ) relegari, & humiliores in opus publicum dari; adeoque præter pecuniariam pœnam, extraordinaria pro meritis circumstantiarum infligitur, cui mores hodierni consentiunt, etiam nostra Statuta *lib. 2. tit. 6.* de Monopolio, quod est annonæ flagellandæ medium, de quo nos egimus ad *tit. de serv. export.*

port. parte Praeced. pag. 1004. n. 3. nec minus aliarum gentium Leges, de quibus A. Matth. *ad h. tit. cap. 2.* Caeterum, in aliis Romana lex Dardanarios praecipuo jure persequitur, quando accusatores ejus admittuntur etiam mulieres, milites, famosi, & servi dominos suos deferentes, *l. 1. & l. 3. §. ult. h. l. 13. de Accusat.*

N. ADDIT.

In positionibus addiderat Autor: Constitutione Car. V. capitalem esse poenam, art. 113. Const. Crim. *Sed cum adnotassem*, in d. art. 113. *non coerceri crimen annonae, sed falsi speciem illam, quae circa mensuram committitur, (de qua ipse autor* posit. ult. ad L. Corn. de falsis *egerat,) eam positionem hic expunxit.*

Tit. XIII.

Ad Legem Juliam Peculatus, & de Sacrilegiis, & de Residuis.

I. Peculatus a quibus committatur. II. An committatur in rebus civitatis. III. Poena peculatorum. IV. De Sacrilegio & ejus poena. V. De crimine Residuorum.

Tria crimina prae se fert haec Rubrica. Peculatus nihil est aliud, quam *Furtum pecuniae* (unde nomen) *publicae*, ut Festus definit; *non ab eo factum, cujus periculo fuit*, ut sunt, qui pecuniam suo periculo conduxerunt trajiciendam, & quicunque pecuniae publicae custodiam, hac lege ut tantundem restituerent, acceperunt, *l. 9. §. 4. h. t.* Tales enim simpliciter ad restituendam eandem pecuniae summam, vel quantitatem aliam, conveniuntur. Hujus legis argumento absolutus est aliquando minister cujusdam collegii in Frisia, qui a Provincia suppeditationem cespitum ustilium & candelarum pro certa pecuniae summa, in usum ejus collegii receperat. Arguebatur candelas & cespites publicos aliis impertitus esse, & hoc nomine, praepropero judicio accusatus & ab officio remotus; a Curia vero suprema deinceps absolutus est, inquam, etsi de facto constaret. Quod si custodia ad aliquem cum praestatione culpae duntaxat, non omnis periculi, spectet: aut si is, qui de periculo tenetur, solvendo non sit, jam is sine dubio peculatus tenetur, & gravius quam caeteri, quo facit, quod Magistratus & Administratores publicarum pecuniarum, supplicio capitis adficiuntur, ut diximus ad *tit. I. de Publ. judic. n. 12.* ex *§. 3. d. tit. & l. un. C. de Crim. pecul.*

2. Civitates aliasque universitates jure privatorum uti, constat, & saepius auditum. Quin bona civitatum abusive publica dicuntur, cum sola, quae Romani aut alterius liberi populi sunt, pro publicis habeantur, *l. 15. de V. S.* Hinc is, qui pecunias civitatis subripuit, furti reus est, nec peculatus accusari potest, *l. 18. de Furt.* sed huic accusationi, quae Papinianum habet auctorem, refragantur Caesares Trajanus & Hadrianus in *l. 4. §. ult. h. t.* ubi & hoc jure nos uti testatur Marcianus, ut in re civitatis sit peculatus. Papinianus tempore posterior est illis Caesaribus, Martianus Papiniano aequalis & posterior. Vixit enim sub Alexandro Severo, Papin. sub Caracalla cecidit. Tempore igitur Papinianus vincere non potest; auctoritate nihilo magis, contra duos Caesares & Jurisconsultum. Quanquam enim Theodosius & Valentinianus constituerunt, ut ejus partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir emineat Papinianus, tamen ita visum est iisdem, ut singulos quidem vincat, cedat autem duobus, *l. 1. C. Theod. de Respons. Prud.*

3. Poenam habuimus alias, scil. deportationem, & aliquando capitalem, *§. 9. I. de publ. jud.* utique si dolus adsit: negligentia mitius punitur: In Curia Frisiae vir nobilis Quaestor Provincialis, qui per nimiam socordiam a scriba ingentem pecuniae vim passus erat auferri, ab officio remotus est, etsi a Proceribus in carcerem conjectus, *d. 23. Jul. 1637.* Postea quidam Janus Lucas, famulus Secretarii praefectorum aerarii, qui jussu Domini falsis nominibus pecunias ex aerario abstulerat, ut tamen de ipsius mala scientia non aeque constaret, ad tempus relegatus est, ante *ferias Canicul. 1680.* Dominus ejus fuga se subduxerat; ex rigore legis uterque fraudis convictus capitis tenebatur, ut dictum *ad Inst.* De pecunia surrepta, tenentur etiam heredes peculatorum, *l. ult. h. t.*

4. Alterum crimen est Sacrilegium, quod est Furtum rei sacrae, vel publicae, *l. 9. pr. h.* Sacrum, id est consecratum, qualia plerumque in templis sunt. Unde locus sacere dicitur improprie, ut res sacra sit, *l. 16. §. 4. de Poen.* quia vasa & instrumenta ejusmodi in aliis locis profana sunt, ut plurimum. Noli autem credere, privatas res in aede sa-

sacra depositas, fieri sacras; id enim secus est, *l. 5. h. t.* nec id arguit *d. l. 16. §. 4.* ut quidem videtur, etsi aliis loca videantur contraria, ut A. Matth. *ad h. t. c. 3. a pr.* Pœna sacrilegii capitalis est, *d. l. 9. pr. & l. 6. eod.* Quia vero consecrationes ex simplicitate Evangelii non fiunt amplius, nec adeo proprie loquendo res sacras habemus, præter verbum Dei & sacramenta quæ dicuntur, ut reliqua sint quasi-sacra, quemadmodum probavimus ad *Instit. tit. de Rer. Div. pag. 86. seq.* sequitur, etiam proprie nullum amplius dari sacrilegium; sed *quasi tale*, qua tamen parte secus tenent, quicunque Romana sacra profitentur, neque Thomasius consentit *ad posit. 2. h. t.* sed diximus *in loco citato.* Improprie igitur sacrilegia sunt hodie Furta rerum piis usibus destinatarum, quales sunt eleemosynæ; quarum fures gravius equidem puniuntur, quam qui res alias abstulerunt; Plane, sicut sacrilegium latiore vocis usu sub peculatu comprehenditur, *l. 9. §. 1. & 2. h. t.* ita nihil vetat, fures rerum-quasi-sacrarum hodieque sub peculatoribus complecti: quin res illæ ad cultum publicum spectant, eoque referendæ sunt etiam eleemosynæ; * quæ ad publicos usus pauperum alendorum, in publicum redactæ sunt. Ac ideo sic statuendum est; Rerum ad Ecclesiam spectantium furta, pro peculatu esse habenda, eodemque fere modo punienda, hoc est extra ordinem, pro modo facti, & aliquando personarum. Accidit in quadam civitate Frisiæ, ut Pastor Ecclesiæ Diaconis opem ferens in secernendis diversi generis pecuniis, bonam partem subduceret. In quo flagitio ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehensus, & adhuc ausus concionari, deinde captus, & tamen defunctus est gravi mulcta exilioque perpetuo. *anno 1643.*

5. In Rubrica est adhuc crimen Residuorum, quo tenetur, qui pecuniam publicam in aliquos usus delegatam retinuit, neque in eos adsumpsit, & multatur tertia parte amplius quam accepit, *l. 4. §. 5. de Pecul.* & is, apud quem ex locatione, emptione, aliave causa, pecunia publica resedit, *d. l. 4. §. lege.* si apud ærarium eam non est professus, vel si professus retinuit ultra annum, *d. l. 9. §. ult.* Quo minus tamen & heic pœna gravior extraordinaria infligi possit, dubium non est, ac ita servatur, quomodo qui superiore bello Gallico vehiculis castrensibus erat præpositus, quod minus illis impendisset quam a Provincia acceperat, damnatus ad restitutionem ejus, quod subduxerat, atque ad septennium relegatus est. Nam triplo plus aut quadruplum, sicut in privatis delictis non est in usu; ita nec in publicis judiciis amplius exercetur.

TIT. XIV.

Ad L. Jul. de Ambitu.

I. De Origine Legis in ambitum. II. An hæc abolita sit per l. un. C. de Suffrag. *III. In Urbe Romana quatenus cesset. IV. Pœna hujus criminis. V. De moribus & usu.*

HÆc lex coercet ambitum honorum & dignitatum. Sed mirum videatur, inter crimina recenseri morem antiquum Romanæ Civitatis, in quo præcipuum jus populi elucebat: Ut qui peterent honores candidati, populum ambirent eosque prensarent, atque a singulis suffragium blande peterent: Id enim esse ambitum, nemo ignorat, eaque de re videri potest Cicero *in Orat. pro Consul. Epist. ad Att. 1. & passim.* Sed corruptis moribus institutum populare penitus perversum est, ut prensationi honestæ largitiones accederent, tam effusæ & impudentes, ut mensis publice collocatis pecuniæ distribuerentur, &, cum argento res decidi non posset, ad vim & pugnas ventum sit creberrimas, adeoque sine modo, ut bene cum populo Rom. actum iri judicaretur, si in pejus malum quam unius imperium non incideret, ut recte Plutarchus *in vita Cæsaris* observat. Nec potuit aliter vis legibus addi quam per *Julium* Cæsarem, μοναρχήσαντα, qui legem de *ambitu* tulit, quem ipse prius ardentissime violentissimeque in Consulatu & alias semper, ut Suetonius & Plutarchus referunt, exercuerat. Etiam Augustus adversus ambitum sancivit, ut Dion *lib. 54.* testatur. Scilicet, tum populus adhuc reliquias antiquæ potestatis habebat, quibus a Tiberio extinctis, postquam *e Campo*, in quo populus conveniebat, in *Curiam*, hoc est ad Senatum, *comitia transtulerat*, ut Tacitus

* Jure Saxonico Rei Sacræ ex loco Sacro ablatio, coercetur supplicio rotæ, etiamsi nulla Effractio accesserit, aut sacrarum Eleemosynarum arcam quis effregerit, atque inde pecunias subtraxerit. Ill. Menckenius *ad h. tit. §. 6.*

citus refert *1. Annal. c. 15.* desiit Julia Lex in urbe locum habere, quia Princeps, ad quem Magistratuum creatio, procul a populi favore, pertinet, accusari non potest, nec qui a Principe dignitates adepti sunt, consequenter, *pr. h. t.* Sed corruptiones aulicorum, a bonis principibus sæpe coercitæ, tandem eo perruperunt, ut optimus Princeps Theodosius cum filiis suis, non modo passus sit impune tentari pretio suffragia amicorum, qui circa latus Principis sunt, sed etiam, si quid aulicis promissum esset, his ultro certi condictio e suffragio daretur, *l. un. C. de Suffragio.*

2. Qua constitutione Legem ambitus abolitam esse, quidam volunt, quos inter Ant. Matthæus *tract. de Crim. ad h. tit. c. 1. n. 3. in fin. & n. 4.* quod mihi non videtur; Nam Theodosius & Valentinianus in *l. ult. C. ad L. Jul. repetund.* sanciunt, ut qui honores per Augustos vel præfectos Prætorio consequentur, *jurati inter gesta deponant, se pro administrationibus sortiendis neque dedisse quicquam, neque daturos unquam fore, sive per se, sive per interpositum &c.* addita in transgressores *quadrupli pœna*, non modo adversus accipientem, *sed etiam adversus dantem.* Imo Honorius & Theodosius Junior, exilii pœnam statuunt in collectarios, qui honoris pretium dederint *ambientibus*, ut demum per *Nov. 8.* quod vult D. Matthæus *d. n. 4.* restitutam esse Legis Juliæ pœnam, nihil opus sit contendere. Quid igitur ad *d. l. un. C. de Suffragio?* Non loquitur de ambientibus honores, *sed de explicantibus desideria sua*, circa res *patrimoniales*, & beneficia principalia super bonis suis impetrata, ut ex *pr. & fine d. l. un.* manifestum est. Satis insolens tamen etiam ita Constitutio, pro laude Theodosii: Sed nihil quo Legi Juliæ de ambitu, *quæ vetat honores corruptis suffragiis peti, l. un. §. 1. h. t.* derogetur.

3. Hinc patet, etsi in urbe Romana cessaverit ambitus crimen, ut Modestinus scribit in *d. l. un. pr.* atque ad municipia deinde relegata sit accusatio, *§. 1.* Constantinopoli tamen, & consequenter etiam tum in urbe Roma, reos ambitus & accusatos & punitos fuisse, per *d. l. ult. C. Repetund. & l. pen. C. si cert. pet.* Non abrogato etiam quod est in *§. ult. h. t.* quæ docet, incidere in hoc crimen, qui reus vel accusator domum judicis ingressus est. Quod autem in *§. pen. h.* qui nova instituit vectigalia, in hoc etiam crimen impingere dicitur, magis proprie ad Legem Juliam Majestatis refertur.

4. Pœna Legis Juliæ Deportatio fuisse videtur, ut innuit lex *un. C. h. tit.* etsi Augustus eos, qui largitionibus Magistratum petiissent, quinquennio ab honoribus vacare jusserit, ut Dion *in d. lib. 54.* testatur. Ex Lege Julia Judiciaria & Senatus C. est pœna centum aureorum, *l. un. §. 1. & ult. h. t.* ex *d. l. ult. C. Repetund.* pœna quadrupli ejus quod datum fuerit; denique ex *Nov. 8. c. 1.* confiscatio bonorum & exilium, cum pœna corporali. Sed liberatio a pœna, non restitutio pecuniæ, datur ei, qui alium ejusdem criminis convicerit, *d. l. un. §. 3.*

5. Mores variant. Apud nos contra ambientes & officia ementes, nihil speciale constitutum est. Ideoque arbitraria pœna erit, non excedens utique pœnam Repetundarum. Impunitum enim id esse, de jure, non potest dici, & patet ex eo, quod Ordines Frisiæ anno 1663. constituerunt, ut si quis per viginti annos officium publicum administraverit, id in alium, dato aliquo vel promisso, transferre possit. Ergo cæteris non erit impune. Sed quia Lex Julia Repetundarum dormit, Julia Lex ambitus cessat multo magis, non tantum in *urbe*, quod ait Modestinus, sed in *orbe*, quod docet experientia. Quamvis autem pœna Legis & infamia juris cesset, facti tamen infamia apud bonos valet. Duntaxat officia scribarum militarium, qui singulis dantur centuriis ad curanda stipendia, pridem habita sunt apud nos, fere ut *militiæ* apud Romanos, quæ vendi poterant, & de quibus aliquid dictum ad *tit. Qui pot. in pign.* Nec adeo Curia, quæ de conventionibus ad ambitum pertinentibus jus non dicit, jam olim inter privatos de illis jus dicere recusavit, in causa *Margriet van Andringa;* contra *Folkert Jans Plumejoen*, eademque fere *inter alios, d. 15. Jul. 1636.* scilicet, non ubi de venditione munerum illorum ageretur, sed de præstationibus inter socios, aut coheredes ex post facto. Nam de contractibus ipsis, quibus venditores emptoresque inter se obligantur, nulla datur actio petitioque, nisi quatenus non excedit summam xeniis præscriptam, quæ est centum aureorum in anno. Sic Curia jus dixit, de pacto inter Candidatos Præturæ cujusdam inito, quo placuerat, ut qui Præturam obtineret, singulis Candidatis daret aquatile argenteum, non excedens pretium centum Ducatonum argenteorum, *ante ferias Pentecost. 1680.* Sequentibus feriis simile pactum adjudicatum est ad centum Imperiales.

TIT.

Tit. XV.

Ad Legem Juliam de Plagiariis.

QVi hominem liberum, sciens, dolo malo, invitum emit, vendit, celat, vinctum habet, alienumve servum dolo malo supprimit, aut fugitivum vendit, *l. 2. h. l. 6. C. h. t.* plagiarius est, in liberis indistincte, in servis, si non adsit furandi animus, qui facit Furtum, *l. 6. f. pr.*

Pœna variat pro circumstantiis, *l. ult. h. t.* Hodie tamen maxime capitalis, *l. fin. C. h. t.* Dekter. *24. v. 7.* Usus hujus criminis minus est frequens hodie quam fuit olim, cum servitutis usus faceret operæ pretium in auferendis hominibus; eamque hominum venationem tanquam κερδοποιΐας, lucri exercendi speciem, improbare non videtur Aristoteles *lib. 1. Polit. c. 4.* Non male, si fieret in validos vagantes, fecem & purgamenta generis humani; pessime, si fieret in alios innocentes.

Tit. XVI.

Ad SCtum Turpilianum, & de Abolitionibus.

I. Sententia SCti. II. Abolitio quid & quotuplex. III. Vitia diversa, quæ circa accusationes committuntur. IV. Mores temporum & usus.

IN hoc SCtum incidit, qui non impetrata abolitione in universum ab accusando desistit, puniendus extra ordinem cum infamia, *l. 1. §. 1. & 7. & l. 13. h. & l. 2. C. h. t.* quinque etiam auri librarum meminit *l. 3. §. ult. de Prævaricat.* quæ & privatum hoc esse crimen, indicat.

2. Abolitio est exemtio reorum a crimine. Et est duplex, publica vel privata. Publica, ob diem insignem, aut gratulationem publicam, *l. 8. h.* daturque invito etiam reo; qui tamen intra dies 30. denuo ab eodem, vel ab alio accusari potest, *l. 7. l. 10. §. 2. & l. 12. h.* Privata abolitio fit actore postulante, quem accusationis pœnitet. Concedi solet propter errorem, cognationem, ætatem, *l. 2. C. de Abol. l. 16. & l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.* Hæc invito reo, maxime si vinctus, aut tortus sit, vix conceditur, *l. ult. C. de Abol.* Qui vero hanc privatam impetravit, is amplius accusari non potest, *l. 3. & l. 4. C. eod.* nisi ex indulgentia Principis, *l. 1. C. eod.* Alius potest intra dies 30. utiles, *l. 3. §. fin. de Accus.* Sed & graviorum criminum reis plane non prodest, *l. ult. C. d. t.*

3. Notetur, esse diversa circa accusationes vitia, quæ veniunt vel ex parte accusatoris, vel ex parte rei. Ex parte accusatoris, calumnia, prævaricatio, tergiversatio, *l. 1. pr. hic.* Calumniator est, qui falsa crimina sciens & dolo malo intendit, *d. l. 1. §. 1.*

Qui in judicio publico calumniatus est, infamia notatur, *l. 1. de His, qui infam. not. l. 8. C. de calumniat.* & pœna talionis afficitur, id est, quam reus passurus erat, si convictus fuisset, *l. ult. eod.* Qui in privato judicio est calumniatus, extra ordinem, pro qualitate admissi, plectitur, *l. 3. hic.*

Sed quidam sunt, de quorum calumnia quæri non solet, nec licet, *l. 15. §. 2. hic*, ut puta mater, quæ filii necem vindicat, *l. 2. C. de Calumniat.* qui paternam mortem ulciscitur, *l. 4. C. eod.* maritus, ut *sup.* & similes.

De Nunciatoribus publicis constitutum est, apertam eorum calumniam impunitam esse non debere, *l. ea quidem. C. de Accusat. l. 6. §. 3. hic.*

Prævaricator est, qui cum reo colludit. De eo dixi supra *lib. 47. tit. 15.*

Tergiversator est, qui in universum ab accusatione desistit, *l. 1. §. 6. h.* de quo est Sc. Turpil.

4. Cum hodie privati raro accusent, vix est, ut SCti Turpilliani locus, aut usus supersit.

SCHOLIUM.

Est tamen. Vide præjudicium ap. Schilt. §. 153. *At abolitiones quod concernit, loco earum hodie obtinet indulgentia & aggratiatio Principis.* Vid. Struv. h. t. th. 89. Conf. Wissenb. h. t. th. 3.

RESPONSIO.

Nos etiam alibi diximus, non esse penitus privatorum accusationes prohibitas, sed cum rarissime exerceantur, facile obtinemus, quod in positione scriptum est.

Ex ratione juris communis, Procuratoris generalis officium, quod in locum privatarum accusationum successit, multo minus ferre videbatur, ut is

is ab accusationibus institutis sine decreto publico desisteret. Sed aliter fert ratio temporum, nihilque frequentius usu venit. Verum est interim, Procuratorem generalem non posse desistere ab accusando, si reus innocentia sua fretus urgeat causam, nec est dubium, quin ad finem usque litem prosequi deberet; Idque SCto Turpilliano maxime prospectum videtur, ne quis ita desisteret, ut prosequi non cogeretur, quemadmodum e textibus superius adductis intelligi potest.

Tit. XVII.

De Requirendis, vel Absentibus damnandis.

UT rei criminum damnentur, opus est præsentia illorum: absens enim nemo punitur, etsi crimen sit manifestum, *l. 1. pr. & §. 1. h.* quod secus in praxi, pleraque Europa; apud Frisios jus civile servatur; utique, si jam semel se stiterit, peragi judicium potest, *l. 5. pr. de Pœn.* Sand. *lib. 5. tit. 9. def. 2.*

Reo non deprehenso, bona ipsius annotantur, publicanturque, si intra annum se non defendat, quem in finem citari debet, *l. 1. §. 2. & seqq. h.* Annus autem currit, ex quo per edictum reus est citatus, *l. 4. pr.* vel a die accusationis, si initio præsens fuerit; *l. 2.* ubi, *in jus petitus, C. h. t.* Cum autem publicatio bonorum jure novissimo cesset, *Nov. 174. c. ult.* sequitur, adnotationem quoque cessare bonorum, ut sane apud nos quoque cessat.

Ad defendendam tamen innocentiam reus omni tempore potest admitti, *l. 4. §. ult.* sed bona non recuperantur, *l. 5. pr.* Quod si reus intra annum moriatur, bona ad heredes transmittuntur, *l. 1. in f. h.*

Viginti quoque annorum præscriptione fiscus plane excluditur, *l. 2. §. 1.* ut & omnis accusatio ac pœna, *l. 2. & 3. h. l. 12. C. ad Leg. Corn. de Fals.* Interrumpitur illa præscriptio per in jus vocationem. Sand. *d. def. 2. in fin.*

Tit. XVIII.

De Quæstionibus.

I. An Quæstio per tormenta sit licita. II. Quæ sint ejus requisita; & primum exponitur. III. Ut & secundum. IV. Cujusmodi indicia ad torturam sufficiant, positive, & negative. V. Modus quæstionis & tormentorum. VI. Vitia tormentorum. VII. Comparatio tormentorum nostratium & Romanorum. VIII. Quid si in negatione reus persistat. IX. Quid si bis tortus & confessus, revocet. X. Quinam a tormentis excusentur.

QVando reus ex vinculis causam dicit, accidit aliquando, ut Quæstio de illo per tormenta instituatur, de quibus primo quæritur, an justum sit, torquere non convictos; qua de re mirari licet merito, Gentium temporumque fere omnium, præter Hebræos, usum esse adfirmativum; pro negativa plerosque viros doctos, non modo Theologos, sed etiam aliquos esse Juris Consultos, interque eos utrumque Præceptorem nostrum, Ant. Matthæum ad *h. tit. c. 3.* & Wissenbachium *h. tit. n. 13.* ut nec defuerint, qui ad hanc necessitatem evitandam, amplissimas Judicum dignitates recusaverint; quos inter fuit Vir Cl. *Henricus Schotanus*, Juris olim in hac Academia Antecessor, quem oblatum Senatoris in Suprema Curia locum, (ad quem tunc eligi Professores, non erat insolens,) hac causa subterfugisse, refert Arnoldus Vinnius in Oratione, qua Bernardo ejus filio parentavit Lugduni Batavorum. Cæterum, præceptores nostri hanc quæstionem postremo loco tractant, nos id primo breviter expediemus. Et quo minus ad negantium argumenta, quæ plurima & prægnantia sunt, ordine respondere necesse sit, dicemus, solam necessitatem usum Quæstionis per tormenta defendere; * quod alioqui scelerum impunitas Reipubl. intoleranda foret, extra quam fieri non posset, ut tanto gentium humanissimarum consensu recepta foret. Cui accedit, ὁμολογία πόλεως, *fœdus civitatis*, quo leges in quaque Republ. receptæ, communi civium consensu approbatæ videntur, qua de re *ad tit. ff. de Legibus n. 2.* egimus.

* Anceps judicium est *de Tortura ex Foris Christianorum proscribenda.* Exhibuit argumenta affirmantium in compendio *Dissertatione inaugurali* Martinus Bernhardi, *Halæ 1705.* præside Ill. Thomasio, qui tamen in adjecta Epistola, sibi nondum liquere, merito ex usu forensi fatetur.

mus. Sic adeo statuendum est, Quando in aliqua lege antiquanda plus est mali, quam in perferenda commodi, primos Reipubl. conditores, & qui dein adfluxerunt, in legem consensisse videri; quod de Quæstione non habet dubium, quatenus impunitas delictorum, quæ non plene probantur & plerumque sine arbitris committuntur, multo plus incommodi, quam periculum ne innocentes torqueantur, adfert in Rempubl. Pluribus hoc adstruximus in *Jurispr. Hod. part. 2. lib. 3. cap. 22. a pr.* Præsertim, quia, si requisita Juris, quæ in Quæstione per tormenta Legibus prodita sunt, diligenter observentur, vix unquam fieri queat, ut innocentes adfligantur.

2. Hæc autem tria esse videntur, ut grave sit crimen, ut veritas aliter nullo modo investigari possit, ut indicia adsint verosimillima, nihil ut præter confessionem deesse videatur. Primum & secundum requisitum est in *l. 8. h. t.* tertium in *l. 1. §. 1. h. & l. 8. §. 1. C. h. t.* De genere criminum, ratio non patitur, ut torqueatur, cujus pœna non sit futura gravior quam tormenta, quibus elicienda sit confessio; Proinde si pœna non sit ultra relegationem, non est utendum tormentis, A. Matth. *ad h. t. c. 3. a pr.* Carpz. *Cr. Qu. 117. n. 8. & seqq.* Idque apud nos servatur, quomodo, me referente, absolutus est homo sine tormentis, qui duas puellas impudice fœdeque contrectasse ac adhibuisse arguebatur: Etsi ad torquendum argumenti satis erat, quia tamen factum ultra relegationem esse non judicabatur, eculeo non visum fuit utendum. *ante ferias Pentecost. 1680.*

3. Ex secundo requisito mores eorum, qui vel confessos in jure, vel tabulis & testibus convictos, adhuc, ut confessionem eliciant, torquent, (quod multis in locis, in vicinia quoque fieri, constat,) redarguuntur. Nec utendum tormentis, quando præcipuum crimen est probatum, vel confessum, ad eruendam reliquorum veritatem; cum minora delicta majorem pœnam reo conciliare vix possint: Ideoque tum satius est, reum statim condemnari, atque ita fit. Quo autem exploretur, an veritas aliter haberi queat, ad tormenta non aliter quam causa cognita proceditur, reoque omnis sui defendendi copia & licentia datur. Non est tamen a ratione juris aliena exceptio, quam Statuta nostra suppeditant; mendicos, cingaros, & vagabundos, si criminum merito suspecti sint, equuleo admoveri posse, *lib. 2. Stat. tit. 8. art. 5.* nulla quidem *processus* sive causæ cognoscendæ mentione facta, quam nec Curia adversus illos adhibet. Exemplum subjiciam. Quidam honesti nominis & familiæ Studiosus erro, literas falsas circumferens, postulabat eleemosynas. Cum suspectus esset furti & effractionis, statim tormentis adhibitus, & statim confessus est, *anno 1679.*

4. Si crimen, quod satis fit, legitime non probetur, quod etiam ex indiciis & argumentis indubitatis fieri posse, demonstravimus *ad tit. de Probation.* sed tam verisimilia argumenta adsint, ut judex sibi vix persuadere queat, reum non esse reum, locus est tormentis. Qualia vero debeant esse indicia & argumenta, præter id quod dictum est, in summa tradi non potest. Textus πληθυντικῶς in numero plurali loquuntur, *d. l. 1. §. 1. h. & l. 8. §. 1. C. eod.* unumque vix est ut sufficiat: ne quidem etsi testis unius, quo non potest esse majus in probationem, indicium producatur, *l. 20. h. t.* nempe, si nulla de circumstantiis rerum, temporis, & personarum, adjutantia argumenta colligi possint, ut vix unquam usu non venit. Idem de confessione extrajudiciali, de variatione confessionum rei, declaratione eorum ad quos injuria criminis pertinet, de quibus aliisque pluribus, ut & de fuga, fama, fluxu sanguinis, *ad tit. de Probationibus, Præsumptionibus, & Testibus* actum, & de quibus prolixe Carpzov. *Cr. Qu. 120. & seqq.* Indicia vero, quæ ratione non constant naturali, placet admittenda non esse, qualis supernatatio in flumine mulierum veneficii diabolici suspectarum, cujusmodi historiam ex Anglia transmissam & magnificatam, nuper exagitavit D. Beckerus *alias* laudatus, & quod in Germania quoque jam pridem a prudentioribus improbatur, etsi vulgus ejusmodi rebus maxime capiatur, Carpz. *Cr. Qu. 122. n. 69.* Adde, confessiones ipsarum sagarum, quod baculis aut hircis insidentes per aërem vectæ sint, cum diabolo rem habuerint, cum aliis multis epulo choreisque diabolicis interfuerint, cujusmodi confessiones ipse in Curia Marpurgensi audire memini; quod contrectatione subita generationis instrumenta subducta fuerint; cujusmodi exemplum ante aliquot annos commissum in vectoria nave, quæ Amstelodamo Harlingam commeat, ingentem edidit strepitum, ut is, qui arguebatur, in vincula sit conjectus: Convictus ille, ni fallor, & aliqua pœna adfectus ob fœdam consuetudinem, sed minime ut magus: nec forte quis illum accusatorem non jure meliori torquendum dixisset, an non improbe tanti sceleris accusationem com-

commentus esset, quam alter, an ex tali specimine Magus esse credendus foret. Sed infinita est horum indiciorum varietas, eorumque dijudicatio Judicis arbitrio committenda, cui sedere debet hoc præceptum, Indicia debere esse tam prægnantia, ut sola Rei confessio deesse videatur, *d. l. 1. §. 1.* In cujus moderaminis excessu revera consistit omne malum, quod Torturæ communiter ipsi imputatur.

5. De quæstione per tormenta decreto judicis interposito, * modus torquendi considerandus. In quo administrando distinguenda est a Quæstione Tortura; licet hæc concise loquendo sub Quæstione comprehendatur, *Rub. h. & ad tit. C. de Quæstionibus.* Quæstio fit secundum articulos ab Accusatore, ut hodie est, a Procuratore Generali conceptos; a Judice, verbis gravibus & severis, non crudelibus, nec a commiseratione subinde alienis. Negantibus carnifex & instrumenta torquendi adhibentur, primo terrendi, & aliquando hac causa duntaxat, ut in feminis infirmioribus, aut indiciis minus violentis. Modus ipse torquendi admodum varius est, nec a judicis arbitrio genus ipsum pendet, cum publice in quaque civitate sit receptus & stabilitus: De omni genere tormentorum infinita oratio est; loquantur Carpzovius, Damhouderus, & alii criminalium scriptores.

6. Plane facilius est dicere, qualia non esse debeant, quam certi præscribere quicquam. Recte æstimantibus hæc vitia abesse debent: I. Ne sint modi *deformes & barbari*, ut si mulieres ab uberibus, viri a pudendis suspendantur; si mures aut glires corpori nudo sub vase imponantur, & igne superimposito ad rodendum adigantur, aliique modi infandi, de quibus Damhouderus *prax. crim. c. 37. n. 18.* II. Ne sint crudeles, ut candentes atque *stridentes flammis laminæ*, ut Prudent. *in Hymn. Vincent.* aliaque ingeniosa sævitiæ instrumenta, de quibus Carpzov. *Cr. Qu. 217. n. 38.* III. Ne sint nimis diuturna; velut si per integros dies, & plures, in tormentis habeantur. Id enim morte acerbius, *Quippe qui se ultro morti offerant, facilius reperiuntur, quam qui dolorem diu patienter ferant*, ait apud Cæsarem Critognatus Arvernus; quod gnarum Ludovico Regi; quando Reformatos non suppliciis peremptoriis, sed vexationibus tormentisque finem vix habentibus, ad defectionem adegit. IV. Nec corpus in futurum & perpetuum inutile reddant, mutilatione, vel dislocatione graviori. V. Ne incidant in aliquod supplicii ordinarii genus. Qua ratione verberatio virgarum, quam laudat in hunc usum Damhouderus *d. cap. 37. in fin. edit. gall.* & cui cætera requisita non male conveniunt, non potest admitti.

7. Sed illa quinque requisita convenire videntur in instrumenta, quæ apud nos in usu sunt; habentur autem tria. I. Forcipes, quibus reorum pollices comprimuntur. II. His simile instrumentum, quo tibiæ contorquentur. III. Equuleus, id est scamnum, in quo Reorum pedes & brachia retorta extenduntur, idque diversis gradibus, citra dislocationem tamen. His Romana instrumenta longe duriora fuerunt; Equuleus, qui fuit catasta lignea cochleata, cui brachia retorta pedesque Rei fidiculis alligabantur. Tum intento cochleis equuleo, in altumque erecto reus quasi ex cruce pendebat, ossium compage dissoluta, tergo lateribusque per ungulas ferreas & laminas candentes verberatis laceratisque, *l. 7. C. de Malef. & Mathem.* Prudent. *d. Hymn.* Sigon. *de Judic. pop. Rom. c. 17.* ** Si quis roget, utra præstent, nostratia præferre non dubitem. Etenim Quæstiones per se odiosas, acerbitate modi & sævitia intendere non oportet. Etsi quanto acriora torquendi instrumenta sint, tanto facilius elici veritatem, dubium non est: sed hoc non est agendum, ut reus non possit non fateri, licet insons. Tametsi verum sit, nostræ quæstionis tormenta, ut plurimum, etiam a feminis sustineri; ut ad quæstionem damnari, si non mollior sit reus, parum absit, quin tantundem atque absolvi esse videatur. Quanquam & artes quædam esse credantur, quibus dolor eludi queat. Apud Curiam nostram tortum memini quendam facinorosum *Harmen de Wijse*, qui primum dolorem tulerat, postea novis indiciis iterum equuleo impositus, cum maxime intenderentur fidiculæ, in somnum incidebat, ut sonore sterteret; remissione facta excitabatur. Intentis, iterum stertebat, quod ad finem usque durabat, *anno 1680.* Alias Tylenses

* Secundum *Ref. Grav. d. Ann. 1609. gr. 5.* Judex nunquam torturam potest decernere, nisi prius consilium adhibuerit Jurisperitorum. j. Carpz. *Pr. Crim. qu. 106. n. 23. sq.*

** Inprimis autem Hieron. Magium Anglarensem *de Equuleo*, ut cum not. Goth. Jungermanni & Appendicibus editus est. *Amst. 1664. 12.*

in

in Gelria similem historiam de Baggemanno quodam sicario retulerunt. Cujusmodi artibus impediendis non est de nihilo, quod alicubi moris est, ut tempore matutino jejuni torqueantur, cum apud nos fiat post cœnam, nec quod sciam valde curetur, ut vacuo sint ventriculo, secus ac monet Carpz. *Cr. Qu. 126. n. 5. & seqq.*

8. Quæstione peracta, si reus in infitiis perstiterit, repeti potest Quæstio per tormenta, *quando evidentioribus argumentis oppressus est, maximeque si in tormenta corpus animumque auraverit, l. 18. §. 1. h. t.* Quod communiter de argumentis post prima tormenta supervenientibus intelligunt. Idque nostri servant eo libentius, quod repetita tormenta nullo modo ferri posse videntur. Alibi tamen secus observatur, & hi ad tertiam Quæstionem, ubi reus bis sustinuerit, ita procedunt, si nova provenerint indicia; qua negative tolerata, sequitur absolutio. A. Matth. *ad h. tit. c. 4. n. 14.* Nostri ad secundam transeunt, ubi nova reperta fuerint indicia: qua tolerata, nunquam, ut puto, ad tertiam procedent,* nisi aliter in atrocissimis fieri queat, ut Carpz. *Cr. Qu. 125. n. 55.*

9. Sed quæstionis est, an post tormenta reus sit absolvendus a crimine, an ab instantia duntaxat, ut deinde repeti possit ex causa. Rationes pro & contra ponderat D. Matthæus in *d. cap. 4. n. 16.* & concludit pro absolutione a crimine, quæ totalis est. Sed distinguendum videtur ita, quemadmodum Curia nostra servat: Ut ex genere naturaque indiciorum, & quatenus judici sedet persuasio de reatu, rei modo a crimine, modo ab instantia duntaxat absolvantur.

10. Si Reus in tormentis, confiteri se velle dicat, liberatur ab instrumentis doloris, & confessio sedentis ejus ad singulos facti articulos ordine scribitur, eique fides ita habetur, si nihil in ea suspectum & a veri specie alienum reperiatur, *l. 1. pr. & §. 4. l. 10. pen. eod.* Moribus, ubique fere receptum est, ut Reo dein post 24. horas aut ultra Confessio prælegatur, ejusque *ratificatio*, ut ajunt, exigatur. A. Matth. *d. c. 4. n. 11.* Carpzov. *Cr. Qu. 126. n. 26.* Hoc institutum ut jure Civili ignotum, ita nec apud Curiam nostram servatur, sed tacens deinceps pro consentiente habetur. Quod si revocet confessionem, tormentis denuo subjicitur, & si tunc iterum factam confessionem revocet, tertium torqueri potest; dein absolvendus est. A. Matth. *d. c. 4. n. 12.*

11. Sed perplexa res est, si reus juris aut moris conscius, ad effugienda tormenta statim fateatur crimen & postridie revocet. D. Matthæus ad hunc casum ait ita; *Ne eludat hoc commento tormenta, nihilominus torquendus est. n. 13.* Quomodo, si fateatur, nihilominus torquebitur? Non potest; At tormenta repetuntur secunda vice. Bene est. Tum vero facit idem, confitetur & postridie revocat. Quid tum? Repetetur Quæstio tertium? Intelligit reus, idem si faciat, absolutionem secuturam: Certo igitur idem faciet. Quid ergo: condemnandus, an tertium tormentis adhibendus, id est absolvendus erit? Accidit ille casus apud Curiam nostram in reo, qui Pagum Frisiæ Collumanum, e quo incolæ, metu hostium Groningam obsidentium *anno 1672.* aufugerant, incendisse credebatur, ut aliquot domus consumerentur. Callidus & juris homo non ignarus, ita ut dictum, in Quæstione instituerat, ea via sibi parans absolutionem. Bis confessus in tormentis, bis revocaverat. Argumenta erant fortissimæ præsumptionis, nec judices de facto dubitabant, Confessiones ejus cum circumstantiis, de quibus constiterat, optime conveniebant. Visum est prudentissimis Dominis, esse condemnandum hominem, qui viam alioqui paratam quæstionibus eludendis & promiscuam invenerat. Sic etiam Scabinos Lipsienses solitos respondere scribit Carpz. *d. Qu. 126. n. 55.* Ipse tamen ad pœnam eo casu inclinat extraordinariam; Plane, si multorum gravium virorum judicium ex præsumptionibus, & indiciis acquiescat in credendo reatu, probatione licet non perfecta, hanc sententiam sequi licebit. Si minor sit evidentia, tutius sit, reum extra ordinem puniri, quo casu locum habeat *argum. l. 5. de Pœn.*

12. Jure Civili sunt nonnulli, quos torquere non licet. Torqueri nequeunt milites, *l. 8. C. h. t.* neque digniores, nisi in crimine atrocissimo, *l. 11. 16. & sequ. C. h.* nec servus in caput Domini, *l. 1. §. 16. h.* excepto crimine majestatis, annonæ, monetæ, & adulterii, *l. 53. de jud. l. 1. l. 7. & l. 15. C. h.* Nec is, qui de se confessus est crimen, in alios torquendus est, *l. 16. §. 1. h.* secus, si convictus, *l. 29. in fin. de Pœn.* Excusantur & decurio-

* Constitutio *Elect. Nov. 9.* non nisi in Criminibus atrocissimis torturam tertia vice repetere permittit, sed extraordinariæ, carceris aut temporalis relegationis, pœnæ locum reliquit, si reus confessionem bis factam bis iterum revocaverit. Adde tamen Berger. *El. Jurispr. Crim. p. 241. & 289. seq.*

nes, *l. 11. & l. 16. C. h.* horumque liberi, *d. l. 11.* impubes, *l. 10. & l. 15. hic.* prægnantes, *l. 3. de pæn.* Dignitas hodie non usquequaque liberat a tormentis, ut Carpzov. & exempla passim obvia probant *Crim. Quæst. 118.* ubi & de reliquis prolixe.

Tit. XIX.

De Pœnis.

I. Definitio Pœnæ, & quo sensu Æstimatio, Coercitio, Vindicta, dicatur &c. II. Divisio pœnæ, in civilem & criminalem. Item, an pœnæ juris civilis pecuniariæ, usum habeant hodie. III. Pœnarum criminalium species. IV. Conferuntur mores. V. Distinctio pœnarum in Legitimas & arbitrarias. VI. De causis pœnam moderandi, tollendi, mitigandi. VII. De probatione criminum.

Sequitur tandem locus generalis de Pœnis, post omnigenas delictorum species. Nam pœna sic definitur a Paulo, quod sit *Noxæ vindicta*, sive *omnium delictorum coërcitio, l. 131. de V. S.* Aliter, *æstimatio delicti, l. 41. h. t.* Quæ genera, si placet, conjungamus, ut Pœnæ definitio sit hæc: *Æstimatio, Coercitio, Vindicta delicti, a Magistratu ad emendationem, exemplum, satisfactionem instituta.* Consideremus hanc definitionem verbotenus; Genus ponitur triplex, eadem licentia, qua Labeo definivit dolum, quod sit *Calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum adhibita, l. 1. §. 2. de dol.* Si quis tamen unum velit habere genus, sumat ultimum, quod est *Vindicta:* Sed reliqua non carent suo fructu.

Prima, vox ÆSTIMATIO docet, proportionem inter crimen & pœnam esse servandam, ut sit

Regula, peccatis quæ pœnas irrogat æquas.
Sicut
Ponderibus modulisque suis ratio utitur ac res
Ut quæque est, ita suppliciis delicta coercet.
Horat. 1. *Satyr. 3.*

Præterea vox æstimationis indicat, idem delictum non esse duplici pœna adficiendum, ut Papinianus colligit in *d. l. 41.* Unde alias deductum est, plures actiones etiam pœnales, ejusdem maleficii nomine concursum habere electivum, *ad tit. Inst. de Action. sub fin.* Vocatur pœna *coërcitio*, ἐπίσχεσις ἀδικημάτων, suppressio delictorum, ut Plutarchus; tam in delinquente, ne is denuo peccet, quam ut alii deterreantur. *Vindicta* vocatur τῶν ἁμαρτημάτων ἐκδίκησις, ut Græci ad *l. 131. de V. S. Peccatorum ultio*, quia τὸ παρηγοροῦν τοὺς πεπονθότας ἔνεστιν αὐτοῖς, ut Plutarch. *Solatii quoddam genus inest, pro his qui passi sunt injuriam*, quod tamen est infimum præstantia, ut idem Horat.

Quippe minuti
Semper & infirmi est animi exiguique voluptas
Ultio.

Potius, quia justitiæ ratio flagitat, ut delicta paribus pœnis luantur, etsi in futurum non consulatur; Quomodo Deus punit, & puniet in extremo judicio. Vindicta vero *delicti*, cum dicitur; non esse pœnam, nisi ubi est delictum, intelligimus; ideoque nec filios maleficia Patrum luere consentaneum est, qua de re diximus *ad tit. I. de Publ. jud. n. 4. & lib. 1. de jur. Civ. n. 17. 26. & seqq.* Sequitur in definitione, *a Magistratu.* Nec enim agimus hic de jure puniendi, quod naturaliter cuilibet rationis compoti datur, de quo Grot. *de J. B. & P. c. 20. num. 8.* sed quod in civitate, quæ imperantes & parentes supponit, exerceatur.

Ultima verba continent diversos pœnarum fines, quorum primus est *Emendatio* delinquentis, *l. 20. h.* in quo Judex parentis instar habetur, a Græcis νουθεσία, παραίνεσις, *admonitio*, quam Callistratus ait fustigatione fieri, *l. 7.* Qualis aliquando expressis verbis addebatur, ut in perjurum, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Temere ne jurato, l. 13. in fin. de Jurejur.* Secundus finis est *Exemplum, ut unius pœna metus esse possit multorum, l. 1. C. ad L. Jul. Repet.* In quem finem pœna publice exigitur, *ut pœnæ genere cæteri deterreri possint, l. 7. C. ad L. Fab. de plag.* Hujusmodi pœnas Græci παραδείγματα vocant. Tertius finis est *Satisfactio* ejus, qui læsus est; *Cum dignitas auctoritasve ejus, in quem est peccatum, tuenda est.* Tacit. *apud Gell. l. 5. c. 14.* sive ut honori gloriæque ejus consulatur; quo sensu Deus *omnia propter se, malum etiam ad diem malum fecisse*, dicitur *Prov. 16. v. 4.* Atque hoc sensu pœna proprie vindicta & ultio est. Quæ nullo modo inter Deum hominesque ei reconciliatos locum habere potest; etsi pœnam quod ad duos priores fines, *emendationem* & ex-

& exemplum, nihil vetat, etiam adversus Deum timentes exerceri. Quæ distinctio pertinet ad quæstionem theologicam; an Christus pro morte temporali, quatenus est pœna peccati, satisfecerit. Fuit definitio pœnæ.

2. Sequitur Divisio; quæ videtur hæc esse summa: Civilis vel Criminalis. Illa, quæ pecuniario commodo actori applicando constat; Hæc, quæ a Republ. seu pecuniaria sive corporalis & capitalis, exigitur; eadem ratione, qua judicia civilia & criminalia distinximus ad *tit. de Judic. & de publ. jud.* Vulgo aliter, criminales vocant corporales, Germani *Peinliche*, Civiles appellant pecuniarias sive *mulctas*, quæ sunt coercitiones pecuniariæ, maxime quæ Fisco applicantur, quomodo & in nostris Statutis *l. 2. t. 13. art. 1. & ult.* Civile *Boete*. Referuntur huc etiam priore sensu, pœnæ civiles actionum in duplum, triplum, quadruplum, in quinquaginta, centum, ducentos aureos, quemadmodum *suis locis vidimus*. Sed hæ pœnæ dupli, tripli, quadrupli a Pragmaticis hodie extra usum fori collocantur, quatenus in Statutis nominatim non reperiuntur, nec apud nos pœnæ pecuniariæ actori applicandæ, quod sciam, ab his exiguntur. Ratio est, quia Pœnæ delictorum etiam privatorum, exiguntur a Procuratoribus Fisci; Jure Civili pars læsa habet electionem, utrum velit agere criminaliter, an civiliter. Talis electio non datur hodie: Sed Fisci jus est delicti coercitio: Cum autem non sit æquum, ut duplex pœna delinquenti infligatur, *l. 41. h. t.* hinc Fisci jus pœnam privato debitam excludit. Longius tamen extenditur illa praxis negandi pœnalem actionem parti læsæ, quam juris ratio ferat. Nam si nomine Fisci non agatur, aut ob rei gravitatem agi nequeat privatus a pœna dupli aut quadrupli non erat excludendus, in gratiam delinquentis. Quin si injuriarum criminalis actio Fisci, non excludit civilem pœnalem, quæ datur læso, cur id æque non fiat in furto, rapina, aliisque delictis? In veteri formulario Curiæ nostræ, ab Advocatis olim facto, reperi formulas actionum quoque Furti, Rapinæ, similiumque, in duplum & quadruplum. Maxime urget idem ratio in ejusmodi factis, quæ duplo puniuntur, cum delicta non sint, & de quibus nunquam criminaliter agitur, ut est actio de tigno juncto in duplum, de dejectis & effusis in duplum. Quid vetat, cum hæ Statutis sublatæ non sint, hodieque si postulentur, eas dari in locis, quibus jus scriptum religiose observatur? tametsi non solent fieri, nec mihi constet factum: Ut adeo, nec facile admissum iri putem. Ita videtur observari, mulctas non deberi, nisi legibus novis aut judicis arbitrio, *de quo mox*, inflictas.

3. Ad civiles pœnas refert etiam Carpzovius Relegationem, *Cr. Qu. 128. n. 4.* magis ut satisfaciat germanismo, *peinliche*, credo, quam ex ratione juris civilis. Sed criminales pœnæ, dividendæ sunt in capitales & non capitales. Capitalis, ἐν πλάτει appellatur, quæ vel vitam, vel libertatem, vel civitatem adimit, *l. 2. h. t.* quin capitalis pœna in genere dicitur omnis famæ causa, *l. 103. de V. S.* proprie & stricte, quæ caput vitamque adimit, *l. 21. hic.* Variis modis infertur, ut igne, gladio, laqueo, bestiis, *l. 28. l. 11. §. fin. & l. 8. §. 1. hic.* sed in ultimis suppliciis erant olim gradus: Nam crux* κατ' ἐξοχὴν summum dicebatur supplicium, aliquando & vivi-comburium, *d. l. 28. pr. h.* Sed hodie inter prohibita ultimi supplicii genera est crux; quia sublatum est crucis supplicium a Constantino, ejusque loco introducta furca, uti scribunt Nicephorus & Aurelius Victor in Constantino, Cujac. *in 5. sent. Paul. tit. 17. §. 1. & 16. obs. 1.* Vetitum quoque, ne quis securi vel telo perimatur, *l. 8. §. 1. D. de pœn.* Spart. & Xiphil. *in Caracal.* ne quis fustibus aut virgis ad necem usque cædatur, aut tormentis enecetur, *d. l. 8. §. nec ea quidem. & l. pen. D. de Qu.* aut veneno, *d. l. 8. §. 1.* aut inedia, *l. 10. D. de interd. & releg.* aut de saxo præcipitetur, *l. 25. §. 1. D. de pœn.* Proxima morti pœna, est in metallum damnatio, *d. l. 28. pr. vers. deinde.* vel in opus metalli: nihil enim interest nisi vincula, quibus gravioribus in metallum, levioribus in metalli opus damnati premuntur: unde & refugæ ex opere metalii in metallum dantur, *d. l. 8. §. est pœna. & §. inter eos autem. D. de pœn. l. 5. §. ult. D. de extr. cognit.* Mutilatio membri prohibita est in *Nov. 134. c. ult.* excepta unius manus, si qualitas delicti ferat. Non capitalis, vel corporis coercitione constat ut fustes & flagella, *l. 7. h.* vel deportatione, relegatione, Interdictione, de quibus *infra*, vel damno cum infamia, *l. 8. & pr. l. 28. §. 1.* Damnatio

* De Cruce in *d. l. 28.* ne verbulum quidem; *Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio*, ait lex, sed non ita Callistratus, qui id, quod ex Nicephoro & Aurelio Victore observant Cujacius, non poterat non nescire. Τὸ *esse videtur ad furcam*, est a manu Triboniani, ob supplicii disparitatem in ista interpolatione hæsitantis.

ad opus

ad opus publicum perpetuum, capitalis pœna videtur, *l. 17. §. 1.* secus, si temporarium, *l. 6. C. ex quib. caus. inf.* Carcer jure Civili species pœnæ non est, *l. 8. §. 9. & l. 35. h.* etsi ad tempus puniendi causa quandoque homines includantur, *l. 28. §. 7. inf. h. l. 1. §. ult. de Aleat.*

SCHOLIUM.

Non opus videtur hac limitatione, potest enim ad l. 28. §. 7. in f. h. l. 1. §. ult. de aleat. *aliter responderi.* vid. not. ad Strauch. XIX. 28. p. 455.

RESPONSIO.

Textus ajunt, homines in vincula publica coerceri; *Verum quidem est, vincula publica variis modis accipi*, l. 9. & l. 10. Ex quib. caus. maj. *Ex illis tamen nulla probabilior, quam quæ a nobis datur* in thesi, *esse videtur.*

N. ADDIT.

Judicet Lector. Ego saltem apponam locum, ad quem provocat scholium. N. O. l. 28. §. 7. ff. de pœn. l. 1. §. fin. de aleat. *qui textus loquuntur de damnatis in metallum, vel opus metalli.* N. O. l. 3. de custod. reorum. l. 1. & 2. C. eod. *qui textus intelligendi sunt non de pœna proprie dicta, quæ consistit impositione alicujus mali, sed de pœna impropria, & quatenus per carceres saltem bonum aliquod, nimirum libertas adimitur, aut certe restringitur.*

4. Moribus hodiernis quæ sint genera pœnarum capitalium, minorumque, longum & supervacuum est recensere, non ignota lectoribus, nec desunt Auctores; late Carpzov. *d. Quæst. 128. & seqq.* nisi quod monendum, recte consuli a populis humanioribus, ut pœnarum capitalium species plus horroris quam cruciatus habeant, quæ ad absterrendum valeant, nec patientium animos ad meditationem æternitatis præparatos, sensu intolerabili a devotione retrahant. Idque apud nos prudentissime custoditur; nullæ enim aliæ capitis pœnæ, quam hæ tres usurpantur; decollatio, strangulatio a furca, vel ad stipitem, & submersio, quæ mortem sine sensu brevissime transmittunt; quibus ostentatio capitum vel cadaverum, cum insignibus perpetrati facinoris, crebro, ut exemplum duret, adjungitur. Quæ res tamen usu magis quam certo jure constat, ut si exquisitum aliquod facinus aliud pœnæ genus postularet, nihil id equidem impeditur, semper tamen observando, non esse adfectandum, ut damnati *se mori sentiant.* Pœna morti proxima videtur hodie, ut antea dictum, esse opus publicum perpetuum ad remos, vel in metallum, quod ut servitutem irrogans, apud nos receptum non est; decennium est longissimum tempus. Exilium perpetuum æque ab usu remotum esse, nisi quatenus pœnæ corporali accedit, a veteranis Fori nostri adfirmatum intellexi; quod tamen secus in foro veteri fuisse, constat exemplis *Johannis Franken, d. 29. Octobr. 1586. Bernardi Hesseli* Pastoris Leovardiensis, *anno 1643.* quin aliud recentius mihi relatum est *d. 26. Jun. 1669.* qui omnes sine pœna corporali, in perpetuum relegati sunt; quod cum nullo modo rationi adversetur, nihil est causæ cur abolitum statuatur. Majorem infra capitis pœnam non habemus, nisi accumulatam, hoc modo; verberatione virgarum, stigmate tergo inusto, operæ decennali, & deinceps relegatione perpetua. Hæc est pœna morti proxima. Minora suppliciorum genera non est operæ pretium recenseri.

5. Est adhuc pœnarum distinctio, quod sint vel *Legales* vel *Arbitrariæ*; quod discrimen tam in pecuniariis quam corporalibus obtinet; atque ut e superioribus delictorum speciebus colligi potuit, arbitrium judicis late regnat, plerisque pœnis secundum merita circumstantiarum variantibus, quod non minus in Statutis gentium hodiernis animadvertitur. Atrocioribus tamen delictis pœnæ fere legales impositæ reperiuntur; nisi valeat alicubi dictum Solonis, qui rogatus, cur parricidiis pœnam non statuisset singularem, respondit, Διὰ τὸ ἀπελπίσαι, *quod desperaret*, hoc scilicet admissum iri: Quod de nostratibus respectu aliorum, ne, præter illa dicta, opus sit alio capitalium genere suppliciorum, rectius usurpaverim. Est enim noster populus longe facinorum rudior, quam fuerunt Athenienses, quorum τὰς ἀγαθὰς ἀρίστας, *qui boni essent optimos*, τὰς φαύλας πονηροτάτας, *qui mali essent, extreme pessimos* fuisse, testatur Plutarch. in *Dione sub fin.* In omni autem moderatione danda est opera, ut pœna ob spem emendationis adtemperetur; quo pertinet, quod adolescentes quandoque secreto & a parentibus castigantur, ut a Curia nostra sæpe decretum est, *d. 14. Decembr. 1623.* etiam a matre, *d. 3. Dec. 1629.* plerumque tergoteneus, aliquando etiam pueriliter, ut in tribus aliis prædicto *d. 3. Dec.* Secreta castigatio placuit etiam adversus provectiorem ætatem, in Studioso furti reo, *anno 1670.* Etsi tale moderamen non sit adhibitum in Doctore Juris & duobus Ecclesiarum Pastoribus, ut diximus *ad tit. de Judic. part. præced. pag. 740.* Mulctandi etiam

iam poteſtas in omni genere peccatorum, quæ non habent peculiares ſanctiones, data eſt Judicibus; Quod ſi pecuniæ præſtationem egentes eludant, extra ordinem reos corporaliter puniendi jus habent, *l.1.in fin.h.t.* neque ſemper, cauſa plene cognita; aliquando ſi res manifeſta neque magna ſit, abſque proceſſu litis, extra ordinem vocatis obiterque auditis, mulcta in continenti dictatur: haud facile tamen ſi quis provocet ad judicium, *2.Stat.pr.tit.19.art.3.* Unde, quia tales mulctæ per tacitam ſubmiſſionem infligi videntur, in noſtra quidem Curia, *Compoſitiones* vocantur, *d. tit. 19. art. 12.* Quicquid autem exigitur accuſante Fiſci Procuratore, id in Fiſcum redigitur, *l.5.C. de mod.mult.* Eſt enim hoc inter Regalia, *c.un. Quæ ſint regal.* Ac ita ſervatur in Curia noſtra. Quæ a minoribus exiguntur Magiſtratibus, ipſis fere permittuntur, niſi quod ſæpe delatoribus inde aliqua pars deciditur, *ut fit.*

6. Quis habet jus puniendi? Pœnas irrogat magiſtratus, penes quem jus eſt gladii & merum imperium, ut præfectus urbis & præſes; quas ſemel impoſitas revocare nequeunt, ſolo Principe excepto, *l. 27. & l.31. hic. l. 14. l. 16. C. eod.* Quæ autem pœnarum ſpecies ad mixtum imperium & modicam coërcitionem pertinent, has a municipiorum Magiſtratibus infligi poſſe, ex iis quæ de mero mixtoque imperio ad *tit. de Juriſdict. & Imp.* diximus, intelligi poteſt. Quo ſpectat mulctæ dictio, *l. ult. de Decret. ab ord. fac.* in latumias & vincula publica duci jubere, *l. 1. §. ult. de Aleator.* & quædam caſtigationis ſpecies, *l.12.de Juriſd.* Magiſtratibus agrorum & municipiorum noſtris data eſt animadverſio, quæ non tangit corpus aut vitam, etſi caſtigatio, quæ jure civili datur, ipſum corpus adficiat. *Stat. Friſ. d. tit. 19. art. 2.* ubi; *uit getloten wat lijf en leven aengaet.* Ergo verberare non poſſunt; mulctare, interdicere pago, urbe, mala manſione macerare ad aliquos dies, & ignominiæ exponere poſſunt. Verum ut hæ mixti imperii particulæ a mero imperio decerptæ ſunt, ita quibus cauſis ſint applicandæ, ſæpe fit dubium. Nec raro fit, ut Magiſtratus minores a Curia increpentur, aliquando & mulctentur, quod delicta mero imperio, quod eſt ſolius Curiæ, digna ſui officii duxerint; Magiſtratus etiam inferiores, per nimiam accurationem, mixtum Imperium, quod eſt ſupra mulctas, ſibi inutile reddi, arbitrantur, ut quidam columnas ignominiæ, indices mixti imperii, tædio illius intricationis amoveant. Neque tamen non intereſt Reipubl. ut minora delicta a civibus commiſſa, parvis admonitionibus domi potius transmittantur, quam ut atroci accuſatione pœnaque, ubi ſpes emendationis eſt, ad exempla feſtinetur.

7. Cæterum, Magiſtratus in pœnis irrogandis ſeptem debet ſpectare circumſtantias; cauſam, perſonam, locum, tempus, qualitatem, quantitatem, eventum; *ut explicatur in l. 16. §. 1. ſeq.* ſatis confuſe, ut videtur Hugoni Grotio *lib. 2. de J. B. & P. c. 20. n. 37.* qui rationes aliter ſubducit in *n. 25. & ſeq. d. cap. 20.* Pœnam tollit, mors damnati, *l.2.& l.3. C. ſi reus vel accuſ. mort. l. 20. de Accuſat.* abolitio, indulgentia, reſtitutio, & remiſſio a ſummo Principe facta, *ff. & C. de ſent. paſſ. & reſtit.* & *de abolit.* præſcriptio viginti annorum, *l. 12. C. ad L. Corn. de falſ.* Sand. *lib. 5. tit. 9. def. 2.* Pœnam mitigat, diuturnitas temporis, *Gl. & Dd. in l. ſi diutius 25. hic. & l. querela. C. de falſ.* ira, *l. un. C. ſi quis Imp. maled. l. 3. de divort.* dolor, *l. 6. §. 6. de adult.* ebrietas, *l. 6. §. 7. de re milit.* ætas, *l. 1. §. impubes, de SC. Claud.* ſexus, *l. 6. ad L. Jul. pecul. c. ſicut. de homicid.* ignorantia juris, aliquando & facti, *l. 1. §. Divus. ad L. Corn. de ſicar. l. 5. §. ult. hic.* affectio conſanguinitatis, *l. 2. de Recept. l. 1. C. de his, qui latro.* quæ tamen & gravare poteſt; neceſſitas famis, *c. ſi quis propter. de furt.* merita publica, *l. 5. §. ult. de re milit.* inſigne artificium, *l. 3. hic.* &c. Corvin. *h.* Quæ tamen omnia prudenter accipienda, nec ſine ſale, Sand. *5. 9. 1.* Non eſt hic locus omnia copioſius exequi, videndi criminalium Scriptores, & Grotius *d. cap. 20.*

8. Argumentis, indiciis, & indubitatis præſumptionibus, poſſe aliquem capitis damnari, probat *l. ult. C. quor. app. non recip. l. 22. C. ad l. Corn. de Falſ.* exinde etiam, quod omnis probatio artificialis æque ad fidem faciendam, quam inartificialis valeat, *l. ult. C. de Prob.* Multum tamen abeſt, ut ex ſuſpicionibus quenquam damnari dicamus, *l. 5. h. t.* vid. Sand. *lib. ult. deciſ. tit. 9. def. 14.* Nos hanc quæſtionem memorabilem occupavimus *ad tit. de Probation. n. 3.* De probatione delictorum, quæ mulctis coercerentur, eſt ſingulare, quod Statutis noſtris cavetur; ſi duo teſtes haberi nequeant, Accuſatorem, ſuum teſtem unum, jurejurando firmare poſſe, quod in criminalibus alioqui non obtinere, dictum eſt alias: Quod ſi accuſator nullum habeat teſtem, Reo jusjurandum defertur; quod & alibi receptum, Præſ. Everard. *conſil. 10.* Quis autem Accuſator ille? Fiſci Procurator? an qui gerit hujus vicem? Non videtur, nec enim ſimul teſtis & ac-

cusator esse potest; Delator, aut pars læsa, ut videtur. Sed usus ejus rei non est frequens; Major ejus, quod subjicitur *art. seq.* eos, qui per egestatem mulctas eludunt, non corpore semper, sed pro modo delicti, relegando, interdicendo, in vincula dando, ad opus publicum damnando puniri: quod adeo a jure civili non est alienum, ut merito ad interpretationem *l. 1. §. ult. h. t.* referri queat. Postremo, Condemnati capitis, puniuntur demum post dies *30. l. 30. C. de pœn.* quod multi de his tantum, in quos Princeps extra ordinem animadverterit, accipiunt, propter *l. 5. C. de Custod. reor.* hodie certe non servatur.

TIT. XX.

De Bonis Damnatorum.

QVod pœna morte delinquentium finitur, ei publicatio bonorum non obstat; cum hæc non sit pœna liberorum, sed ipsorum delinquentium, qua heredes per consequentiam adfliguntur; Scilicet, olim bona Capitis damnatorum publicabantur, *l. 1. pr. h.* salva liberis Legitima, *l. 1. & l. 7. ff. l. ult. C. h. t.* sed hodie cessat confiscatio, & bona servantur liberis, adscendentibus & collateralibus, ad tertium gradum, excepto crimine perduellionis, *N. 134. c. ult.* quod & in Frisia servatur, imo ut Thomasius ait;

SCHOLIUM.

Jure Imperii, plane cessat confiscatio bonorum in delictis capitalibus, excepto crimine læsæ Majestatis. vid. Ord. crim. art. 218. Conf. Struv. h. t. in fine.

Jure civ. Fiscus bona vindicat ubicumque sunt sita, sed usu populorum, cedunt fisco cujusque loci. Wissenb. *ad h. tit.* qui distinguit inter mobilia & immobilia; Ut hæc quidem cedant Fisco, Reipubl. ubi sita sint bona, ex Baldo aliisque Interpretibus; vicisse tamen ait usum fori contrarium hanc rationem, ut etiam mobilia occupet is, in cujus territorio reperta sunt, etiam si condemnatus alibi domicilium habuerit. Mihi vero hæc sententia, juris quoque rationi maxime conveniens videtur: Cum enim Executio sit actus jurisdictionis, quem in alieno Imperio nequaquam licet exercere, nihilo magis hæc in mobilibus quam in soli rebus institui potest. Wissenbachius pro Baldo habet hanc rationem, quod mobilia negantur habere sequelam, & personam sequi dicuntur, *arg. l. 35. §. 3. de Hered. instit. l. 86. de Legat. 2. & 3.* Quod verum quidem est, ubi quæritur de præsumpta voluntate dominorum, aut etiam Legislatoris; non æque, ubi agitur de effectis jurisdictionis & Imperii, quæ in diversas Respubl. nullo modo extendi possunt. Nec ejusmodi res hæc est, de qua magnopere laboretur.

TIT. XXI.

De bonis eorum, qui ante sent. vel mortem sibi consciverunt, vel accusatorem corruperunt.

QVi ex conscientia criminis sibi manus intulit, cum reus esset capitalis delicti, ejus bona publicabantur. Secus, si tædio vitæ, vel impatientia doloris † elegerit mortem, *l. 3. pr. §. 4. & 6. h.* tamen ut heredes admittantur ad innocentiam defendendam, *§. ult.* Hodie cessat hic titulus, sublata bonorum publicatione, de qua *tit. præced.*

SCHOLIUM.

† *Ex hypothesi videlicet Stoicorum, qui ut forte factum prædicabant, si quis ex his causis mortem sibi intulerit, Catonis Uticensis exemplum sibi proponentes. Fuere autem, ut notum, JCti, ex quibus ff. composita sunt, plerique Stoici. Debebat ergo Tribonianus sub Christiano Imperatore vivens, flosculos hos Gentilismi ex pandectarum horto eradicare. Sed debebat, ut plura alia, quæ tamen non præstitit.*

RESPONSIONIS *loco sint, velim, quæ hac de re collocavimus in* part. 2. Digression. lib. 1. cap. 3. n. 6. *plura, quam ut huc transcribenda sint.*

N. ADDIT.

Facile jam ab illo scholio abstinerem, quia, etsi Stoici in eo aberraverint, quod ejusmodi avtochiriam tanquam forte factum defenderint, tamen propterea Christiani non debebant talium avtochirum bona confiscare, (de qua re hic est quæstio.) aut in illos tanquam bestias sævire. Quod vero etiam

etiam tales indigni censeantur sepultura honesta, avaritiæ Cleri Papalis est attribuendum, qui vel hac etiam pœna inventove, luit eo fortius adigere Laicos, ut non morerentur absque præsentia Cleri, & putarent esse articulum fidei christianæ, quod ad mortem beatam, vel saltem tanquam causa sine qua non, requiratur ista præsentia, utique si divites sint morti vicini, ut pius Clerus eos admonere posset de legato ad pias causas pro salute animæ suæ.

Pars secunda Rubricæ, agit de his, qui accusatorem corrupere, quod SCto Turpilliano prohibitum vidimus; ne quis ab accusatione desistat. Hac de re nihil sub hoc titulo scriptum est, nisi quod e Principum Rescriptis observatur, Reis capitalium criminum id esse impune, si corruperint accusatorem, non æque reis criminum haud capitalium, *l. 1. h.* Sed hac de re peregimus *ad tit. de Transaction. num. 4.*

TIT XXII.

De Interdictis, & Relegatis, & Deportatis.

Per modum Commentarii ad *l. 5.*

HAsce tres Exilii species, recenset & explicat Marcianus in *l. 5. h. t.* paulo tamen obscurius, ut quibusdam Lectio emendanda videatur. Sic ait, *Exilium triplex est; Aut certorum locorum interdictio: aut lata fuga, ut omnium locorum interdicatur, præter certum locum; aut Insulæ vinculum, id est relegatio in insulam.* Exilii vox est generalis, etymologico sensu; Nam *Exsul*, quasi *ex solo* dicitur, Græci ἐξορία, quasi ἐξ ὅρων, e finibus. Hoc fit tribus modis sive gradibus; Primo Interdicendo, τῷ παραγγέλλειν, ut Græci id exprimunt, hoc est denunciando, ut aliquis e certo loco se recipiat, *ne intra patriæ territorium, vel muros moretur, vel in vicis quibusdam. l. 7. §. 19. h.* Neque tantum locis interdicitur, sed etiam ordine, *d. l. 7. §. 20.* honore, *§. pen. & ult.* professione, advocatione, foro, negotiatione, spectaculis, *l. 1. §. pen. de Off. Præf. Urb.* vel arte aliqua, *l. ult. de Pœn.*

Secunda species Exilii est *lata fuga*: Sed descriptio ejus addit perplexitatem; *ut omnium locorum interdicatur.* Primo enim qualis hæc locutio, *interdici omnium locorum?* Respondeo, vel subintelligendum, *commercio, aqua & igne*, aut simili: vel est Græcismus παντὸς εἴργεται τόπου, *arcetur a quolibet loco*, ut Theophilus de hac ipsa re loquitur, *ad §. 2. Inst. de Cap. dim.* Sed quomodo lata fuga est *omnium locorum interdictio*, idque præter certum locum? Potius contra, est certi loci, scil. Patriæ interdictio, ut ubivis agere liceat, *bannen in't woest*, ait Grotius. In *vasto* agere licet, in certo loco non licet. Hinc Cæsar apud Sallust. *bell. Catil.* pro sententia in conjuratos, dixit, *exilium illis esse permittendum:* Loquitur autem de aquæ & ignis interdictione. Quod probat etiam forma Legis, qua Ciceroni aqua & igni interdictum est; Ut LICERET illi esse, ultra quadringenta millia, *3. ad Att. ep. 3.* Atque in tota oratione pro domo sua id agit, ut probet, aqua & igni interdictos, sua voluntate *se potuisse alii civitati aggregare, quod vertendi soli causa venerant.* Ad hanc difficultatem ita habendum. Marcianum describere aquæ & ignis interdictionem, ut sub Imperatoribus fuit, juncta deportationi. Namque deportatio non sustulit aquæ & ignis interdictionem, quæ est lata fuga sub Imperatoribus. Verum sententia per aquæ & ignis interdictionem fiebat; sed ob rationes politicas a Livia apud Dionem *lib. 53.* expositas, deportatio in certam insulam addebatur, ut apud Tacitum, *Servilius Corneliusque in insulas, interdicto igni atque aqua, demoti sunt. 6. annal. cap. 3.* ut latius a nobis demonstratum in *part. 1. Digress. lib. 3. cap. 9.* Cum igitur deportatio adhuc sit lata fuga, id est aquæ & ignis interdictio, sed tamen nunc conclusio in certo loco addatur, in eamque desinat; recte lata fuga definitur, ut deportatio; quod sit omnium locorum, præter certum, cui includitur, interdictio. Huic rei non obstant loca juris, in quibus aquæ & ignis interdictio a deportatione separatur, ut *in §. 2. I. de Capit. dim.* Hæc enim, ratione temporis accipienda oppositio; cum aquæ & ignis interdictio in latam fugam *in't woest*, in usu non fuerit sub Cæsaribus. Sic præcipua difficultas hujus loci facile solvitur, ut emendatione supersederi possit, neque non debeat, de quo pluribus actum in *part. 2. Digress. lib. 2. cap. 24. num. 3. & seqq.* Quod superest in *d. l. 5.* non habet difficultatem.

Tertia species Exilii est Relegatio, *quam Insulæ*

sulæ vinculum vocat Marcianus in *d. l. 5.* & ipse de relegatione interpretatur, fiebatque sine aquæ & ignis interdictione, etsi hæc aliquando relegationi accedere & superaddi poterat; quemadmodum Tacitus de Cassio Severo, *illum prius in Cretam amotum*, id est relegatum, *postea interdictum igni & aqua consenuisse in saxo Seriphio. lib. 4. ann. cap. 21. in fin.* Cæterum, relegatur vel a loco, quod nihil aliud est quam interdicere, vel in locum certum, *d. l. 7. in pr. & §. Sicut cum. §§. seqq.* vel ad tempus, vel in perpetuum, *d. l. 7. §. 2. & seqq.* Relegatione ad tempus facta, bona adimi nequeunt, *d. l. 7. §. 2.* si in perpetuum, pars bonorum expressim adimi potest, *l. 4. hic.* Differentias inter relegationem & deportationem, dedimus *ad Inst. pag. 38.*

TIT. XXIII.

De Sententiam passis & Restitutis.

SEntentiam passi, id est criminum condemnati, a Principe restitui possunt, secundum jus vitæ & necis, quod est summæ potestatis facultas. Nempe restitutio, vel est simplex criminis indulgentia, ut pœna tantum remittatur, nec quid amplius restituatur, *l. 6. l. 7. & l. 9. C. hic. l. ult. C. de gener. abolit.* vel est restitutio in integrum, & ita plena est, ut etiam honoribus, ordini, cæterisque omnibus restituat, *l. 1. hic.* Qui specialiter restituitur, recuperat omnia sua bona, & jura, & famam, *l. 2. 7. & 9. C. h. t.* fructus tamen bonorum antea percepti, non debentur ipsi, nec etiam bona prius per fiscum alienata, quia beneficium hoc, salvo jure aliorum indulgetur; alioqui restitutus directas habet actiones, *l. 3. h.* Hoc jus dandi veniam his, qui sententiam passi sunt, ubique cognitum, ignoratur apud Frisios: nec scio, an unquam heic a Gubernatoribus Hispaniæ Regis, ut domini Frisiæ, sit exercitum. Nec Ordines libertate potiti id unquam instituerunt, quod effectum habuerit, aut quisquam eorum nomine, quod mihi constet. Carolus V. anno 1541. viam præscripsit, qua homicidæ aliive delinquentes literas Remissionis impetrarent, tam difficilis & periculosæ impetrationis, ut neminem illas unquam petiisse meminerim. Sed neque datur hoc beneficium sententiam passis; verum his, qui ante annum cædem commiserunt, neque in vinculis sunt, *l. 2. Stat. tit. 14. art. 1 & seqq.* Dixi pluribus in Jurispr. hod. *part. 2 lib. 3. c. 27.* Sed extra hanc formam Statuto præscriptam, quotquot delictorum veniam ab Ordinibus petierunt, ab Ordinibus remissi sunt ad Curiam: Et hæc semper ad legem petendæ remissionis provocat. Ideoque adversus insignem reum sententiam passum, ac illustri commendatione munitum, nostra memoria decretum est. Non esse tamen alioqui potestatem hanc Ordinibus præclusam, aliquando declaratum est; cum aliquot illustres repetundarum rei, accusationi decreto Ordinum subducti sunt, & subducti manserunt: at, sine consequentia in futurum, ut cautum fuit diserte.

TIT. XXIV.

De Cadaveribus punitorum.

CAdavera Punitorum cognatis ad sepulturam conceduntur, *l. 1. h.* etiam a judice, *l. 11. de Relig.* nisi quod in deportatis venia principis requiritur, *l. 2. h. t.* Hinc adeo facilis Pilatus in permittendo sepulturæ corpore benedicto.

SCHOLIUM.

Quod & hodie observatur, nisi exemplum sit statuendum, vid. Carpzov. Pr. Crim. Quæst. 137. *quam tamen limitationem alii, ut injustam accusant, vide quos citat* Schilter. Ex. 49. th. ult. *Sed his facile responderi poterit, uti & illis, qui impugnant concessionem cadaverum humanorum ad usum Anatomicum.*

LIB. XLIX.

TIT. I.

De Appellationibus & Relationibus.

I. Sententiam quandoque revocari, vel ipso jure nullam esse. II. Rescindi per in integrum restitutionem.

tionem. III. Per Supplicationem. IV. Per appellationem, quæ definitur, ut & Relatio. V. Species & gradus appellationis. VI. Per quem fiat appellatio, & de Communione Appellationis. VII. Rursus de communione, alio sensu. VIII. Rursus alio. IX. Effectus appellationis.

JUrisprudentia valde aliena est ab eorum arrogantia philosophorum, qui facultate se jactant cavendi, ne unquam errent. Intelligit, prudentissimum quemque falli, dum certissimas se rationes sequi arbitratur. Hac ratione quanquam Sententia, nonnisi omnibus, quæ in causa erant consideranda, solide examinatis, ferri solet, tamen non potest evitari, quin sententia lata aliquando rescindatur, nisi ipso jure nulla sit; quo casu rescissione nihil est opus. Verum si adversus actorem lata sententia, sit nullius momenti, perseverans agere veteri actione; cui si opponatur exceptio rei judicatæ, replicandum de dolo: Sin adversus reum, is actionem rei judicatæ elidit, opposita doli mali exceptione, *l. 49. §. ult. D. de re judic. l. 1. C. de sent. & interloc. l. 4. & l. 6. C. Quom. & quand. jud. sent. l. 6. C. Quand. prov. non est necess. l. 2. §. Et generaliter. & l. 9. D. de dol. mal. & met. except. l. eum a te. 25. D. de dol.* Porro quanquam nullitas, (cujus causas habuimus *ad tit. de Re Judic. n. 48.* & videbimus *iterum* paulo *inferius*,) non eget remedio actionis, aut ullo actu judiciali, qui in actum primum *constituatur*; requirit tamen, ut in actum secundum deducatur; potest enim præter istum modum, qui designatus est, implorari quoque judicis officium, ut is faciat, ne sententia de facto vim habeat, quæ de jure nulla est; quin hoc agens, etiam *rescindere* dicitur judex sententiam, *tit. D. Qu. sent. sine appell. rescind.*

2. Proprie tamen rescinditur sententia per in integrum restitutionem, per supplicationem, ‡ per appellationem. Per in integrum restitutionem rescinditur, non solum lata adversus minorem, sed & adversus majorem. Adversus hunc, si indefensus condemnatus sit; adversus illum, si & defensus. Nam adversus minorem indefensum lata, est ipso jure nulla, *l. 1. & tot. tit. C. Si adv. rem jud. l. 1. C. Quib. ex Caus. ma. rest. l. ult.* D. *de in int. rest. l. 4. C. de Procur.*

3. Per supplicationem rescinditur sententia Præfecti prætorio. Cum enim vice sacra judicet, absurdum visum est, appellatione interposita, de iniquitate sententiæ ab eo prolatæ quæri. Offerendus igitur libellus supplex, quo quis non ob iniquitatem, sed errorem, retractari sententiam petat, *l. præfecti. 17. D. de minor. l. un. C. de sent. præf. præt. l. un. §. 1. D. de off. præf. prat. l. 35. C. de Appell.* Huic similis est REVISIO.

SCHOLIUM.

Unde & hodie extra forum Electorale Saxonicum, solet usurpari contra sententiam ejus, a quo appellari non potest. In foro Electorali Saxonico vero ea non habemus opus, propter remedium Leuterationis.

Scilicet Germani, Saxones inprimis, adhuc habent *Leuterationem & Oberleuterationem*, * quæ sunt implorationes Judicis, ut sententiam a se latam declaret. Carpzov. *de process. tit. 17.* & Syn-

‡ Hi modi duo, ut & tertius per revisionem in Saxonia sunt improbati: *O. P. S. E. I. & E. Tit. 37. §. un.*

* De Leuteratione vid. *O. P. S. Tit. 35.* ‡‡ differt autem ea ab Appellatione, quia non est ad superiorem provocatio, sed causæ apud eundem Judicem repetita ventilatio. Fatalia circa eam tria sunt observanda, 1.) Leuterationis interponendæ intra decendium, quod ipsi cum appellatione commune est. 2.) Citationis petendæ, ‡‡‡ intra 6. septimanas & 3. d. a tempore interpositæ Leuterationis computandas, quo neglecto appellatio deserta est. Ziegler. *ad d. Tit. O. P. S. pag. 197.* nisi Judex ex officio citationes emiserit, *j. Rescr. El. de an. 1663. d. 23. Jun. in App. C. S. pag. 14.* Svendend. *ad Fib. p. 843.* 3.) Leuterationis quoad formalia & materialia prosequendæ, quæ, si in termino rite facta non fuerit, vel si Leuterans non comparuerit, ‡‡‡‡ Leuteratio æque habetur pro deserta. Oberleuteratio ‡‡‡‡‡ vero tantum in supremo Judicio Appellationum admittitur, *Mand. El. d. 1670. §. 2. App. Corp. Sax. p. 16.* in causis, quæ ibi ab initio agitatæ, non per Appellationem eo delatæ sunt, add. Martin. *ad §. 1. O. P. S. Tit. 35. n. 34. sq.* De Appellationibus secundum Usum fori Saxonici, prolixe actum fuit a Mencken. *Disp. Proc. Proam. 1. th. 14. seqq.* Imprimis vero notari meretur fatale appellationis introducendæ, ‡‡‡‡‡‡ quod Jure Civili erat arbitrarium, *l. 2. & l. 5. C. d. temp. & refer. App.* Jure Sax. ad mensis spatium esse restrictum, *Appellat.* Ordn. *tit.* von *Appellationen.* §. 1. Carpz. *P. 1. C. 10. d. 9.* fatale autem Appellationis justificandæ, *ex Auth. ei qui C. eod.* in Appellationibus quidem, quæ ad Præfecturas aut Regimina Principum, non vero in iis, quæ ad Curias Provinciales, aut Judicium Aulicum fiunt, observari, monitum *d. Diss. 1. §. 25. sq.*

dicatum, sive accusationem judicis apud superiorem, *Ordin. Camer. P. 2. tit. 53. §. wo aber einige.*

4. Appellatio, est Querela non acquiescentis iniquæ sententiæ judicis inferioris. Sententiam intelligimus definitivam, non interlocutiones, ut *inferius*. Appellatur quidem etiam a nominatione ad honorem munusve publicum, *l. 1. C. de temp. appell. l. 1. D. de vac. & excus. mun.* ab indictione gravioris tributi, *Nov. 128. c. 7.* Sed inprimis a Sententia. Relatio, cujus etiam mentio fit in Rubrica, duplex est: Una, cum judex causam plene instructam mittit ad Principem, ut is eam cognoscat & decidat, quo casu non potest appellari, *l. 34. C. h. t.* Altera, cum judex, relatis causæ meritis ad principem, de jure illum consulit, ut juxta consultationem ferat sententiam, *l. 1. & l. 2. C. de Relat.* Ab hac, quoniam fit partibus non auditis, recte appellatur, *l. 1. §. 2. h. t.* sed hodie regulariter est prohibita, *Nov. 125.* neque moribus, ut puto, exercetur: Principes Ordinesque liberorum populorum, rem judiciariam Curiis judicum ita commiserunt, ut ipsi amplius illis inquietari nolint. Nec prior quidem species relationum fieri solet, ut causa plene instructa mittatur ad Principem, vel Ordines jus Principum habentes: Judices ipsi satagunt. Fieri tamen potest, ut superioribus annis a senatu militari Frisio factum. Habebant duos centuriones, equestrem atque pedestrem, stupri violenti reos; causam invidiæ plenam; cui non pares, Acta judicii miserunt ad Ordines Novem-Viros; Sed hi, re diu multumque agitata, litis in-

‡‡ Etiam novissimam *Tit. 35. §. 1. seqq.* Potissima sunt: in possessorio summarissimo leuterationes ex officio rejiciendas esse, nec contra sententias interlocutorias, aliisque in causis absque discrimine admittendas, rejiciendas potius, & parti adversæ juramentum malitiæ injungendum, spatium ad illius præstationem 8. aut 14. dierum præfigendum, eo jurejurando, si non defunctus est, in termino, rejecta leuteratione, pergendum in causa, partemque aut advocatum litis protractæ pœna, 5. aut amplius thalerorum mulcta castigandum. *§. 1.* Ob errorem in verbis, nominibus, numeris, foliis &c. commissum, de quo ex actis satis constat, remedium suspensivum non esse indulgendum, judicis esse, huic rei mederi, facta apud acta annotatione, aut sententia ad JCtos remissa, qui errorem suum gratis emendabunt. *§. 2.* In inferioribus judiciis non nisi semel contra sententiam aliquam leuterationis remedio uti licere, si ad adversæ partis leuterationem forte sequatur reformatoria aut declaratoria, illi, qui jam leuteravit, statim ob justa gravamina ad appellationis beneficium esse confugiendum. Apud medias etiam instantias, si provocatum ad eas, & nihilominus prior sententia fuerit confirmata, leuterationem adversus confirmatoriam eorum in illa instantia non esse interponendam, sed per iteratam appellationem ad instantiam superiorem ab eo, qui se adhuc gravatum credit, provocandum. *§. 3.* Leuterationis schedulæ, cujus exemplum nunquam non leuterato etiam sub 5. thalerorum mulcta transmittendum, unum alterumve gravamen specifice & perspicue inserendum esse, alias leuterationem, etiam ob definitivam interpositam, adjecta 5. thalerorum mulcta simpliciter rejiciendam. *§. 5.* Adde quæ *§. 9.* de leuteratione & appellatione contra eandem sententiam interpositis habentur.

‡‡‡ Hoc fatale petendæ citationis est sublatum, leuterans sub 5. thalerorum mulcta in schedula leuterationis, ut terminus ad prosecutionem præfigatur, flagitat, aut judex, si leuterationi deferre vult, ex officio terminum constituit, integro spatio Saxonico concesso. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. §. 5.*

‡‡‡‡ Si in leuterationis prosecutione, aut appellationis justificatione utraque pars non compareat, & leuteratio & appellatio, ipso licet leuterato & appellato absente, adeoque absque prævia contumaciæ accusatione pro deserta habenda est. Nec leuteratus aut appellatus porro prima vice impune abest, potius rite, nisi scripto ad acta priora submittere velit, compareat, & ad leuterationis prosecutionem aut appellationis justificationem respondeat, aut sciat, definitivam in meritis sibi imminere; immo, si judici ob noviter emergentes circumstantias videbitur, opus esse responsione per interlocutoriam injungenda, in impensas, &, ob moram injectam, in quinque & amplius thaleros se condemnandum esse. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 10. §. 3.*

‡‡‡‡‡ Oberleuteratio in causis devolutis adeo locum non invenit, ut cum mulcta ex supremi regiminis arbitrio indicenda sit rejicienda, nisi forte ab interlocutoria appellatum, & reformatorie in appellationis instantia pronunciatum sit, quæ causæ, ad inferiorem judicem non remissæ, immediatis hoc casu æquiparandæ sunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. §. 4.*

‡‡‡‡‡‡ Hoc fatale nunc est sublatum, & a judice, postquam appellationi delatum est, terminus ad justificationem ex officio est præstituendus. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. §. 9.*

strumenta

strumenta remiserunt ad ipsos judices militares, ut officio suo fungerentur; quod adeo ab illis factum.

5. Institutum appellandi non minus Reipubl. necessarium, quam ne appellationes modum excedant, utile est: quia crebriores per varios gradus appellationis, intricandis producendisque litibus opportunæ, & publice privatimque noxiæ sunt; sed de gradibus appellandi locus erit inferior. Appellationis divisio est in judicialem, quæ a sententiis fit ac hujus loci est, & extrajudicialem, quæ fit a nominatione ad munus publicum, & alio quolibet gravamine: de munere publico Jus loquitur, ut superius dictum; de gravaminibus aliis Canones, *c. 1. c. cum Romana. 3. de Appell. in 6* sed quibus de rebus appellatio detur, sub propria Rubrica deinde agetur.

6. Quis appellare potest? Appellat non solum dominus, sed & is cujus interest, & procurator, tutor, curator: Quin hi officii causa non solum possunt, sed & debent appellare, *l. 4. §. 2. & seqq. l. 5. D. de appell. l. 2. D. An per al. caus. appell. poss. l. 17. C. de Procur.* vide tamen de Procuratoribus supra, ad *tit. de procur. n. 5. & 14.* Quin & citra mandatum, auditur mater in causa filii, maritus in causa uxoris, *l. 1. D. de appell. recip. l. 21. C. de Proc.* & generaliter quicunque citra mandatum agere possunt, etiam sine mandato appellare queunt, *arg. l. 1. inf. An per al. c. app.* Quin etiam Uno appellante, in causa ejusdem argumenti, reliquis prodest victoria ipsius, *l. 10. §. ult. h.* Idem est, si appellans plures habeat adversarios, & quosdam in appellationis libello nominaverit, *l. 3. §. 1. h. Tit. C. Si un. e plur. appell.* quod rebus judicatis in nostra Curia sic memini esse confirmatum, reliqui illo casu habent communionem appellationis, *l. 1. d. tit. C.* Quod secus est, si quis adversus sententiam in integrum sit restitutus, *l. 2. d. tit.* Quare autem, cum sententia lata pro uno coheredum, non tribuat actionem, vel exceptionem rei judicatæ, reliquis licet ***eadem quæstio in omnibus judiciis vertatur, quia personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem faciat***; cur, inquam, ea res aliter se habet in appellatione, *dd. ll.*? Videtur mihi difficile dictu, nec aliud quam hoc in mentem venit; Res inter alios judicata, nec nocet neque prodest aliis, *l. 63. de Re Jud.* non potest alius pro alio litem contestari, non magis quam contrahere obligationem, aut actionem, *l. 73. §. 1. de Re Jud.* nec adeo rem pro alio deducere in judicium. Verum re semel ab omnibus in judicium deducta, facilius in causa appellationis intelligitur conjunctio, ut sententia per judicem appellationis remota, executio condemnatoria in universum tollatur. Atque hæc est prima species communionis in Appellatione.

7. Quod si sententia appellationis ad consortes, qui non appellavere, pertineat, multo magis prosecutio appellationis ab eo, qui non appellavit, fieri potest, quæ tamen non potest ulterius habere locum, quam instituta est ab eo, qui appellatione functus est. Exemplum rei judicatæ: Primus & secundus acceperant *taxationem* ædium & arborum, quarum pretium solverent colono: Primus appellavit ab æstimatione sive taxatione ædium, de horto acquievit. Secundus non appellavit, intra dies fatales; jungit se deinde pro sua parte, sed addit provocationem a taxatione arborum in horto. Non est receptus hac parte, quoniam is, qui se jungit, est accessio ejus, qui prior appellavit, non hic alterius. Simile est apud Sandium *lib. 1. tit. 17. def. 7.* Atque hæc est secunda communio appellationis.

8. Datur & tertia, quæ proprius accedit ad Reconventionem in casu Appellationis. Quando uterque se putat in sententia esse gravatum, & unus appellat: Alter, contra quem appellatur, etiam post fatalia, potest uti remedio ejusdem appellationis, atque a sua parte petere sententiæ retractationem, *l. ult. in pr. C. h. t.* In qua perinde locum habet limitatio prædicta; ne extendatur ulterius, quam prior appellatio instituta est, de qua specie agit Sandius *d. def. 7.* Sic igitur communio Appellationis triplici sensu intelligi potest.

9. Effectus appellationis est, ut extinguat sententiam, hoc est effectu suo privet, *l. 1. §. ult. ad SC. Turp.* qui autem postea sequitur effectus rei judicatæ, is est e secunda sententia; quæ cum se referat ad priorem, ideo & appellatio negatur extinguere, sed tantum suspendere dicitur sententiam, *l. 32. C. de Transact.* hinc & usuræ, confirmata sententia priore, cursum suum non interruptum continuant, *l. 24. pr. h.* Hinc etiam executio sententiæ, quæ datur ad Appellationem, non competit judici a quo, cujus facultas sublata est; sed a judice, ad quem est appellatum, fieri debet, quod ita rationi juris omnino convenit, etsi apud Dd. ea res non sit extra controversiam, ut videre licet apud Sandium *1. Decis. tit. 13. def. 6.* Non est æque ratio juris expedita de impensis primæ instantiæ; cum hæ sint accessiones litis, ideoque

ideoque earum æstimatio ad ejusdem instantiæ judicem pertinere videbatur, *arg. l. 1. C. de ordin. cognit. l. 3. C. de Judic.* Sed quia de hac æstimatione quæritur post appellationem institutam, qua prioris judicis officium est sublatum, ideo judex appellationis hanc etiam officii partem exsequitur, nec ad inferiorem fit regressus: Idque non tantum si judicis inferioris sententia retractetur, sed etiam, si confirmata fuerit, quia per confirmationem sententiæ non restituitur officium judicis in futurum, sed judicatum ejus approbatur in præteritum, idque ita in nostris foris servatur, Sand. *d. Decis. 6.* Hæc de Appellatione in universum: plura ad eam spectantia, per partes in sequentibus Rubricis videbimus.

TIT. II.

A quibus appellare non licet.

I. A principe non licere, ad Principem ab omnibus appellari. II. Excepto Senatu quibusdam temporibus. III. A quibus præterea non licet. IV. A sententia Præfecti Prætorio non dari appellationem, sed fieri supplicationem. V. De Moribus hac parte, ubi de Privilegio Academiæ Franekeranæ.

PRimo sciendum, a quibus personis appellare licet. Hoc autem constabit, si intellexerimus, quibus appellare *non* liceat, ut contrariorum est eadem doctrina, quam rationem Juris auctores passim sequuntur. Et quidem a Principe appellari fas non esse, supervacuum est admonere, *cum ipse sit qui provocatur*, ait Ulp. in *l. 1. §. 1. h.* Intellige, ab omnibus, & ultimo: Nam alioqui non est insolens, provocari ab eo ad quem provocatur, ut docet titulus sequens. Verum ab eo, qui *summam* habet potestatem, non posse provocari, quod semper ad superiorem fit, res loquitur. Idque proprium est ejus, qui tenet τὸ κύριον civitatis, id est vere *summam* potestatem. Proinde a sententiis omnium, qui superiorem agnoscunt, dari debet provocatio. Inter imperandi præcepta, dedit hoc Augusto Mæcenas, apud Dionem *lib. 53.* Μήτε γὰρ αὐτόδικος, μήτε αὐτοτελὴς ὅτως τις τὸ παράπαν ἔςω, ὥςε ὐκ ἐφέσιμον ἀπ᾽ ἀυτῦ δίκην γινέσθαι. *Nemo enim Magistratuum*, inquit, *ita sui juris & absolutus omnino esse debet, ut sententias, quarum nulla sit retractatio, ferre queat.*

2. Postea tamen Principes aliqui dederunt hoc jus Senatui, ne a sententiis ejus appellari posset, quod Hadriano adscribitur in *d. l. 1. §. 2. h. quo Principum nemo Senatus fastigium impensius extulit, execratus Principes, qui minus Senatoribus detulissent.* ut scribit *in ejus vita* Spartianus. Ante eum tamen Cajus Cæsar Caligula, non modo Senatui, sed etiam *Magistratibus liberam Jurisdictionem, & sine sui appellatione concessit*, ut Suetonius scribit *in vit. ej. cap. 16.* Sed illa fuit prodigentia magis quam liberalitas.

3. Porro nec appellare licet ab executione, nisi modum legalem excedat, *l. 5. C. Quor. Appell. non recip.* nec ab arbitri sententia compromissarii, *l. 1. C. de Arbit.* Unde Reductio, quæ fit hodiernis moribus a pronunciatis Arbitrorum, non fit quasi per appellationem, sed per modum restitutionis tanquam ab enormi læsione, ut diximus ad *tit. de Arbitr. n. 19. & seqq.* Ergo non requiritur, ut Reductio ita fiat ab Arbitris, ut iis insinuetur, apostolive petantur, sed recta potest ad superiorem querela deferri, modo pars adversa certior fiat intra tempus; contra quam aliquando vidi in foro opinantes.

4. Non datur etiam Appellatio a sententia Præfecti Prætorio, sed Supplicatio, *l. un. §. 1. D. de Off. Præf. Præt.* id est, libellus supplex offerri potest, quo quis non quasi ob iniquitatem, sed ob errorem petat sententiam retractari, *Auth. quæ supplicatio. C. de Precib. Imp. off.* Nec tantum Imperatori, sed & præfecto, ejusque consiliariis offerri potest, *d. Auth. & Nov. 119. c. 5.* Hoc remedium vocatur, ἀναψηλάφησις, *Nov. 82. c. 12*, quæ hodie conceditur a sententiis Curiarum Supremarum, de quibus inferius. Vid. *tit. præc. n. 3.*

5. Moribus populorum, sunt etiam diversæ Curiæ & civitates, quæ licet superiorem agnoscentes, tamen habent privilegium non appellandi vel omnino non, vel usque ad certas summas, de quibus unaquæque Respubl. suis utitur exemplis. Academia quoque Franekerana gaudet hoc eximio jure, quod a Sententiis ejus nulla detur appellatio. Sic enim habet *Lex 47. fundament. Acad.* A sententia *pronunciata a Rectore Adsessoribusque judicibus, appellatio nulli concedatur*, quæ res idcirco placuit, ne Studiosi litibus in lon-

in longum productis vexentur, & quia plerumque illis de plano jus dicitur: In causis exquisiti juris & majoris momenti, præsertim respectu aliorum quam Studiosorum, idem juris est, etsi res aliam habet ἀναθεώρησιν. Plane judices, qui sine provocatione jus dicunt, officio suo exactius & consideratius ad dictata legum, fungi debent: quod cum experientia cumpertum sit, judices inferiores minus satagere exacte, bonum factum est, quod hoc privilegium rarissime illis conceditur.

Tit. III.

Quis a quo appelletur.

I. Appellatio per saltum ne fiat. II. Quid juris, si alius pro alio judex sit aditus. III. Gradus appellandi juris civ. IV. Quid hac parte moribus.

A Quibus igitur judicibus non est prohibitum appellari, ab his provocari licere, firma regula est: sequens inspectio est, *Quis* appelletur, sive ad quem provocetur; Et sciendum, ab inferiore ad superiorem, ut res ipsa loquitur, fieri appellationem, idque ita, ut ordo juris publici non mutetur, sed immediate superior adeatur; unde regula, ne fiat appellatio *per saltum. l. 21. §. 2. de Appell. & l. 4. C. de Jurisd.*

2. Quod si hac parte sit erratum, quatenus error noceat, quæritur: Et quidem si per errorem ad minorem judicem quam debet, appellatum fuerit, Appellatio erit ipso jure nulla; si vero non quidem is, qui debebat, verum tamen par sit appellatus, error nihil nocet, verum is, qui appellandus erat, nihilominus cognitionem suscipit, quod exemplo præfecti urbis, qui consulis loco erat, appellati declaratur, & sancitur a Divis fratribus in *l. 1. §. 3. de Appellat.* Fit enim quandoque, ut incerta sint jura tribunalium, ad quod e pluribus unaquæque causa pertineat, cujusmodi dubia sæpius apud nos aliosque oriuntur: utrum causa ab inferioribus judicata magistratibus, secunda instantia ad Collegium Ordinum novemvirale, an ad Supremam Curiam pertineat: quo casu ipse quidem consulitus suasi, ut appellationem alternative interponerent, vel ad hoc vel ad illud collegium, quo dein ipsis integrum esset in Apostolis petendis alterutrum re melius explorata, eligere. Qua tamen in re si erratum sit, error non præjudicabit, nec fatalium jus amittetur. Verum si Curia sit adita, remittendæ sunt partes ad ordines Novemviros; & si hos male contigerit adiri, fiet remissio ad Curiam. Etsi cum dubia res est, ut sunt humana politica, remissiones illæ rarius fiunt, sæpius inter collateralia collegia pullulant contentiones, aliquando non levi partium detrimento.

3. Gradus appellandi, in urbe erant tales; A sententia judicis pedanei, appellatur is qui dedit eum, adeo, ut si præfectus dederit judicem, is appelletur, *l. 1. in pr. h.* etsi Prætorio, præfecti urbis sint inferiores potestates. Nec tamen ideo fit appellatio per saltum, quia judicis datio facit immediatam subordinationem inter dantem atque datum. Si a Prætore datus sit judex, ad hunc appellatur: A prætore appellatur ad præfectum urbi, *l. 17. C. de Appell.* A præfecto urbi Princeps; nemo alius quam Prætorio præfectus appellationis expers est, *l. 12. C. de Appell.* Tres tamen illi gradus pariter non exercentur; Nam qui bis appellavit in eadem causa, denuo non auditur, *l. un. C. Ne liceat in una ead. caus.* Cæterum, a judicis mandatarii sententia, non appellatur qui mandaverit, sed mandante superior, *l. 1. §. 1. h.* In Provinciis a sententiis Duumvirorum, præses appellabatur, a Præside Princeps, *l. 19. C. de Appellat.* Sic etiam Paulus ab interlocutione Festi, appellavit Neronem Cæsarem, *Actor. 25. v. 11.*

4. Mores hodierni plures sæpe gradus admittunt, ut est situs & ratio cujusque Reipubl. neque temperamentum juris Civilis, ne amplius quam bis appelletur in eadem causa, usque quaque receptum est. Apud nos non nisi una datur Appellatio in causis civilibus ordinariis, a judicibus urbanis & agrorum ad Curiam Supremam, etiam a commissariis Curiæ ad Ipsam, nisi quod in negotiis politicis duo gradus habentur; A dicasteriis Inferioribus ad Legatos Ordd. Novemviros, ab his ad Ordines ipsos. In rebus Ecclesiasticis sunt quatuor gradus, A consistoriis ad Classem, a Classe ad Deputatos synodi, ab his ad Synodum ipsam, a Synodo ad Ordines. Quanquam ita fere sunt distributæ res judicandæ, ut amplius quam bis, Appellatio nunquam instituatur.

TIT. IV.

Quando Appellandum.

I. Tempora appellationum Fatalia interponendi & introducendi. II. An prorogari possint. III Quid hodie juris in appell. introducenda. IV. De prosequenda appellatione quid jure civili & moribus, ut & Reauditione.

TEmpora appellationi præscripta, sunt tria; Interponendæ, Introducendæ, Prosequendæ appellationis. Interponendæ olim erat biduum in propria, triduum in aliena causa, *l. 1. §. 5. h.* hodie sunt decem dies post sententiam, *N. 23.* Introducendæ appellationis terminus, variat jure Civ. pro locorum intervallo. In eadem provincia sunt tres menses; ad Principis auditorium sex, *l. f. pr. C. de temp. app.* ad delegatum menses duo, *l. 2. § sin autem ex sent. eod.* totidem in muneribus publicis, *l. 1. d. t.* In appellatione ad ipsum Principem est annus, *d. l. ult. §. 2* At non quovis die horum temporum, causæ appellationum agi possunt; observandi enim sunt dies fatales, ita dicti, quod fatum si quemque appellationibus adferant: Sunt autem decem; quinque ante lapsum, totidem post lapsum prædictorum temporum, quibus si appellatio non sit introducta, pro deserta habetur: sed impetrari possunt a judice quatuor reparationes menstruæ, post quas adhuc reparatio petenti datur a Principe trimestris, quæ currere incipit ab ultimo die quarti mensis, quibus elapsis, præscriptio opponitur, *d. l. ult.* Sunt autem hæc tempora continua & utilia diverso respectu, fere sicut diximus ad *tit. Inst. de Excusat. n. 13. & ad tit. de perp. & temp. act. n. 4.* Currunt enim a die latæ sententiæ, continentque dies etiam feriatos, *Nov. 23. §. 1.* tamen ut non præjudicent ignorantibus, nec non iis, quibus defuit, coram quo appellarent, *l. 1. §. 7. & ult. h. t.* Perez. *ad tit. C. de Tempor. app. in pr.* Sand. *1. 13. 2.* Moribus, spatium illud interponendæ appellationis etiam receptum est; in altera variatur. Gail. *1. obs. 139.*

2. Posse autem hæc tempora consensu partium prorogari, non est dubium, *l. ult. §. ult. C. de Tempor. appell.* Ab judice nequaquam, altero invito, mutari possunt, *l. 4. in pr. de Tempor. appell.* quominus tamen gravi de causa hæc potestas judici tribuenda sit, non videtur negandum, ac ita sentiunt Dd. quos recenset Wissenbach. *ad h. tit. th. 13.* & restitutionem facile impetrari, auctor est Groenew. *ad l. 3. C. de Temp. appell* In nostra Curia accidit, ut Appellans peteret prorogationem termini decem dierum, propterea quod adversarius habitaret in Hollandia, cui intra hoc tempus *insinuatio*, (quæ requiritur apud nos,) fieri non posset. Curia terminum legalem sine ultima necessitate prorogare nolens, suggeri jussit Appellanti, ut peteret Curiæ dispositionem, qua Procuratori absentis adversarii injungeretur, ut insinuationem nomine domini acceptaret, quod is recusaverat. Ac ita dispositum est, in *causa Creditorum civitatis Franek. contra se invicem, d. 17. Septemb. 1679.*

3. Tempus introducendæ appellationis, quod jure civili pro distantia locorum variat, ut diximus, moribus gentium servari non potest. Ideoque singulis id suo modo determinatum est. Apud nos Judex inferior in apostolis sive epistolis, quas appellanti dat ad superiorem, ut *infra* videbimus, certum tempus, cum maximum, sex septimanarum præfigere debet, intra quod appellatio Curiæ Supremæ offeratur, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 6.* Add. Sand. *1. 13. 3.*

4. Tempus appellationis prosequendæ, hoc est ventilandi novam instantiam, jure nostrate non est definitum. Jure civili fuit olim biennium, quod in annum est coarctatum *l. ult. §. 2. C. de Tempor. appell.* intra quod spatium temporis exordium lis capere, finiri utique non debet; *cum iniquum sit, propter occupationes florentissimi ordinis, causas hominum perire. d. l. ult. §. 3.* Si tamen appellans inchoatam litem deserat, victor prioris instantiæ post annum causam solus peragere potest, *§. 4. d. l. ult.* nisi reparationem annalem a principe justas ob causas impetraverit, *d. §. 4.* quod etiam in supplicatione contra sententiam præfecti prætorio, servatur. *§. 5.* Et hoc quidem de contumaci absentia, post litem novæ instantiæ inchoatam, *moribus* expeditam habet facultatem, ut nec annum opus sit expectari, sed accusatione contumaciæ bis terve peracta, non est dubium, quin judex ferat sententiam. Quod si actor non edat citationem, sed introducta appellatione quiescat; usu fori nostri cum ratione juris *d. l. ult. §. 4.* optime conveniente, receptum est, ut victor, contra quem est appellatum, Appellantem ipsum

ipsum in jus vocet, ut appellationem prosequatur, aut desistat, vel perpetuum sileat. Die dicta, si Appellans non adsit, neque causam suscipiat prosequendam, accusatur de contumacia, & sequenti audientia rotulari, victor copiam accusationis exhibet Judici ab eoque petit, ut Appellatio *deserta* declaretur: Quod is vel statim concedit, vel, ut aliqui observant, & forte cautius, concesso Appellanti aliquo temporis spatio, intra quod appellationem adhuc introducat, hoc modo; *Curia vi commodoque accusationis, declarat appellationem desertam, salvo trium vel quatuor septimanarum, &c.* cum *expensis.* A Rescriptis ad libellos supplices, appellatur ad Curiam, apud nos intra 24. horas, sicut etiam a *taxationibus* superficierum, quæ fiunt a Commissario Curiæ, (vocatur hoc genus, *Reauditio.*) quod tempus currit ab hora pronunciationis aut editionis rescripti, vel insinuationis ab adversario factæ, *lib. 3. Stat. Fris. tit. 61.* Dix. *part. 2. Jurispr. hod. l. 1. c. 24. n. 23.*

TIT. V.

De Appellationibus recipiendis vel non.

I. Regula est, Appellationem esse recipiendam. II. Excipiuntur quædam causæ. III. ***Non tamen criminales, sub limitatione.*** *IV. Quod secus aliarum gentium moribus. V. In Possessoriis non recipi appellationes.*

APpellationem superiori judici oblatam, hic nullo modo recusare potest, alioqui damnum litis sustinet, & decem auri libris multatur, *Nov. 128. c. 3.* quæ pœna vix est ut hodie obtineat; neque tamen urget periculum, ne Curiæ superiores facile recusent hujusmodi cognitiones. Sed dantur casus, quibus appellationes non recipiuntur, quidam respectu judicis, alii ratione causæ, denique respectu personæ appellantis. Casus, qui pertinent ad judicem, habuimus ad *tit. A quibus appellare non licet.*

2. Ad causam spectant hæ exceptiones; Si quæstio sit de Annona, de aperiendo testamento, missione in possessionem bonorum, & qualibet executione, *l. ult. l. 6. C. Quor. appell. non recip.* item in causis tributorum & debiti fiscalis repetitione, *l. 4. eod. tit.* Porro a solis Sententiis appellari potest, non ab interlocutione, *l. pen. eod.* nisi contineat ejusmodi gravamen, quod sententia corrigi nequeat, *l. 2. h. t.* qualis erat Interlocutio Festi, arbitrantis Paulum Hierosolymis judicari; Ni potius non tam fuerit appellatio, quam protestatio, & petitio remissionis, quia civis erat, ad Cæsarem: quo modo Plinius *epist. ad Traj. de persecut.* se Christianos, qui cives erant, annotasse refert, ut recta in urbem remitterentur, reliquos ipse judicabat. Jure Canonico, & moribus, plerumque ab interlocutionibus etiam appellari potest, imo ab omni gravamine licet extrajudiciali, *c. super. 12. c. ex parte. 47. c. cum cessante. 6. X. de Appell.* Gail. *1. obs. 129.* Mynsing. *4. obs. 43.* Carpzov. *P. 1. Const. 23. def. 12. Stat. Fris. lib. 3. tit. 2. art. 59. & 60.*

3. De Appellatione in criminalibus, non minor est usus forensis a jure civili discrepantia. Nam leges adeo permittunt appellationem Reis criminum, ut alium quoque nomine rei, mandato licet carentem, licet extraneum, admittant, *l. 6. de Appell.* Cujus rei summa *humanitatis* est ratio, *d. l. 6.* cum enim Appellatio sit remedium contra oppressionem, *cap. un. de pœn. in Extravag.* & præsidium innocentiæ, *cap. cum spec. §. porro. X. de Appell.* nusquam magis & liberius quam in criminalibus, locum habere debet. Quid est igitur, quod in *l. 42. de V. S.* scriptum est; *De mulcta provocationem esse, de pœna non esse. Simul atque enim victus quis est ejus maleficii, cujus pœna statuta est, statim ea debetur,* ait Paulus. Credo cum *d. lex 6.* sit Ulpiani, Thomasius noster antinomiam esse diceret, ut ex nominibus æmulorum istorum ubique solet augurari. Sed tu dic; Reo, qui crimen fatetur, sed pœnam ultra modum ait esse inflictam, quæ tamen pœna lege specialiter imposita sit, ab hac non dari appellationem, quia non tam esset a judicis dicto, quam a Lege provocatio. Quod res loquitur non habere locum in pœnis extraordinariis, quæ pro meritis circumstantiarum & judicis arbitratu infliguntur, Cujac. *6. observ. 33.* A. Matthæus *comm. de crim. ad tit. 17. lib. 48. Dig. c. 5. n. 15.* Secundum hæc in Galliis, quicunque se gravatum putet in sententiis rerum criminalium, appellare potest, teste Rebuffo *comment. ad Const. Reg. tom. 3. tract. de Appellat. art. 7. gl. 2. n. 22.* & usu notissimo. Nec desunt, qui hanc humanitatis rationem putant esse tam validam, ut nec Statutis prohiberi possit, Covarruv. *part. 2. Quæst. 23. sub num. 5.* Daniel Mollerus *lib. 4. Semestr. c. 33.* ut nec ipsi, addunt, diabolo sit negandum:

dum: Atqui sunt tamen casus, quibus etiam jure civili in capitalibus negatur appellandi facultas, ut sunt insignes latrones, seditionum concitatores, ducesque factionum, *l. 16. de Appellat. l. 1. §. 9. vers. nisi forte. de Injust. rupt. irr. test.* homicidæ, venefici, malefici, adulteri, & violentiæ manifestis argumentis superati, testibus convicti, voce propria confessi, (absque tormentis scilicet.) *l. 2. C. Quor. Appell. non recip.* officiales a suo judice condemnati, ob delictum in officio commissum, *l. 3. C. eod.* denique raptores virginum, post legitimas & juri cognitas probationes; confessio enim in his non requiritur, *l. un. in fin. pr. C. de Rapt. virg.* quod exquisito rigori juris civilis adversus virginum raptores, quem mores temporum non probant, adscribendum.

4. Sententia juris Rom. his limitationibus instructa, ejusmodi est, ut servari mereatur, recteque Galli consulunt hac parte. Sed tamen consuetudine multarum gentium appellandi jus sublatum est, aut valde restrictum in Criminalibus, & maxime in Capitalibus. De Germania testes sunt Mynsing. *cent. 2. obs. 98. n. 2. & cent. 4. obs. 41.* Gail. *1. obs. 128. & lib. 1. de pace publ. cap. ult. in f. 36.* De consuetudine Hispaniæ, Scacc. *de Judic. l. 1. c. 67. n. 62. 63. 87. 93. & 95.* In Italia non dari appellationem in criminalibus, testis est Julius Clar. *§. fin. Qu. 99. n. 3.* De Belgicis Provinciis, idem Grœneweg. *ad l. 2. C. Quor. Appell. non recip.* adfirmat. In Frisia non est locus huic Quæstioni, cum ibi Criminalis jurisdictio sit penes solam Curiam supremam, a qua non est ad quem appelletur: Revisio autem a Criminalibus heic nihilo secus excluditur. In Hollandia & quibusdam aliis ditionibus distinguitur inter processum judicii criminalis ordinarium & extraordinarium; Si ordinarie procedatur per modum litis contestationis & solennis disceptationis, appellatio locum habet, non si extra ordinem & summarie ex officio procedatur, qua de re pluribus agit Bortius *in tract. vern. de usu appellat. in Criminal. in Holl.* Nihilominus, si verum est dictum Juvenalis;

Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est,

non sit de nihilo, quod aliquis contendere possit, jus Romanum ita, quemadmodum *supra* collocatum est, videri præferendum; quemadmodum Curia Hollandica multis rationibus olim probavit, sed non approbavit Ordinibus Hollandiæ, teste Grotio in *Apolog. pro regim. Holl. c. 12. sub fin.* Romana sententia sic limitata est, ut periculum, ne Rei criminum semper appellent, moraque & sumptibus Reipubl. graves forent, minus sit, quam est liberæ plenæque defensionis ratio, pro salute hominum miserorum: Præsertim, quia certissimum est, in criminalibus æque errores opinionis aut affectus, quam in civilibus, posse atque solere committi.

5. In judiciis possessoriis non recipiuntur appellationes, quia periculum est in mora, & quoniam victus effectum appellationis per judicium petitorium adipisci potest; quippe cum, eo si obtineat, proprietas adjudicata possessionem comprehendat, *l. un. C. Si a moment. poss.* Recte graviterque in iis locis, ubi judicia possessoria summatim celeriterque absolvuntur, ut apud Romanos fiebat, *l. 3. C. de Interdict.* Sed postquam procedendi ratio mutata, judiciaque possessoria distingui cœperunt in ordinaria & summaria, stylo juris Canonici, quod & appellationes de quovis gravamine admittit; receptum est, ut in possessoriis appelletur, modo tamen & effectu dispari. Probata enim est hæc distinctio, ut a sententia lata in judicio Interdicti summario, appelletur quidem, sed tamen judicatum prius executioni committatur, sub cautione de restituendo, si aliter a superiore judicetur: At in possessorio pleno sive ordinario, appellatur ad utrumque effectum, tam suspensivum, executionis, quam devolutivum cognitionis, *c. 10. & 15. X. de Restit. Spoliat. c. 1. de sequestr. fruct.* Sand. *lib. 1. tit. 13. def. 5.* in Frisia sic etiam observatur in possessorio pleno, nec potuit aliter, postquam ita invaluit, ut de possessione dilationibus ordinariis, iisdemque ac in petitoriis uteremur. In Summario possessionis judicio, diversum in Frisia procedendi modum esse, notat Sandius *ibidem*; quis ille sit, non refert: Quando judex sive commissarius Curiæ in loco contentioso, cognita summatim causa, tulit sententiam, diem præfigit, quo is, qui gravatum se putet, ordinario judicio experiri potest, si velit; quod ut appellatio non sit, effectum tamen habet eundem, quem solet habere Appellatio sine suspensione executionis; hoc excepto, quod impensas, qui judicio summario in illas condemnatus fuit, si in ordinario possessorio vincat, non recipit: quæ per victoriam in appellatione recuperari possent.

6. Supersunt causæ Appellationis non recipiendæ, quæ respectum habent ad personam condemnati. I. Si quis juri suo in causa quadam appellandi renunciaverit, *l. 1. §. 3. Quib. appell. non lic.*

lic. II. Si quis adversario suo detulerit jusjurandum, & secundum id lata fuerit sententia, *l. 31. in fin. de Jurejur.* III. Si quis ob contumaciam sit condemnatus, *l. 1. C. Quor. Appell. non recip. l. 13. §. 4. C. de Judic.* IV. Si quis officialis officii sui ratione a judice, cui inservit, condemnatus sit, *l. 3. d. t. Quor. appell.* V. Si quis crimen propria voce confessus sit, *l. 2. C. eod.* VI. Qui bis appellavit, tertium non auditur, etsi adhuc superior existat judex, *l. un. C. Ne lic. in una cauf. ter appell.* VII. Si is appellat, ad quem res non pertinet, nisi justam ejus quod sua interest, habet causam, *l. 6. in pr. de Appellat.*

TIT. VI.

De Libellis Dimissoriis, qui Apostoli dicuntur.

I. Quando appelletur. II. Quid Apostoli, & quando petendi. III. Quid juxta illos. IV. Mores de Apostolis. V. Quid amplius in Frisiis. VI. Cur a gravaminibus, præter sententiam, requiratur appellatio in scriptis.

Appellationes interponuntur, vel viva voce, vel scripto. Prius, siquidem illico apud acta provocetur, & sufficit dixisse, APPELLO: Sin alio die, vel non apud acta, libellus appellatorius judici, a quo appellatur, offerendus est, quo libello scriptum sit, & a quo detur, id est quis appellet, & adversus quem, & a qua sententia, *Nov. 23. c. 1. l. 1. §. ult. l. 2. & l. 5. §. ult. D. de appell. l. 6. §. pen. & l. 14. C. eod.*

2. Deinde petendi sunt Apostoli; qui tam etymologia quam significatione sunt idem quod Epistolæ, quas Appellantem petere oportet a judice, qui tulit sententiam, in quibus ponitur, quis, contra quem, & qua de re litem habuerit, qualis sententia lata sit, ac uter appellaverit, *l. un. §. 1. h. t.* Peti debent intra XXX. dies a lata sententia, *l. 24. C. de Appell.* & peti debent, si non exhibeantur, instanter & sæpius; Quod si tamen non dentur, id ipsum contestetur appellans, *d. l. un. §. 1. d. l. 24.* Judex autem nisi mulctari velit, *d. l. 24. C. de appell.* apostolos dare debet, *l. 6. §. ult. C. eod.* Ratio juris & Statuta nostra, dant literas compulsorias, *lib. 5. tit. 2. art. 61.*

3. Intra idem tempus acta causæ parti adversæ, ut scribit D. Wissenbach. & alii *hic*, tradenda, sed *Nov. 126. c. 3.* sic ait, utrique litigatori acta per judicem esse tradenda, quod etiam præcipit *lex 19. C. eod.* Addere potest judex relationem, & appellans refutatorias Preces, monet idem ex *l. 6. §. super his. 3. C. de Appellat.* ubi id tantum de capitalibus causis admonetur. In cæteris Apostoli sufficiunt.

4. Hæc apud nos etiamnum observantur, & re & nominibus, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 61. & seq.* Sand. *1. 13. 3.* Per Germaniam & Galliam, Apostolorum petendorum necessitas est sublata. * Ord. Cam. *part. 2. tit. 30.* Gail. *obs. 139. n. 15.* Mynsing *lib. 4. obs. 16.* Bugn. *de Leg. abrog. art. 97.* Et in Hollandia simpliciter exolevisse hunc titulum, scribit Groenew. *hic*.

* Quod in Saxonia ita se habere tantum abest, ut & aliud fatale Apostolorum redimendorum, ‡ observantia fori nostri nostri introduxerit, quod ipsum, si in termino a Judice præfixo non fuerit factum & observatum, appellatio pro deserta habetur. Ill. Griebner. in *Princ. Proc. Judic. L. 1. c. 6. sect. 2. §. 6.* & Ill. Mencken. *Proc. Differt. 1. Proœmial. §. 21.*

‡ Hoc fatale in appellationibus ab inquisitione, inhibitionibus in suprema curia provinciali, monitorio, publicatione rescripti, decreti, aut sententiæ, vel alias a futuro gravamine, in causis politiam & disciplinam concernentibus, item ab executione, & immissione, subhastatione aut in causis cambialibus, penitus sublatum, judex a quo saltim intra 8. dies ex officio, appellante certiore non reddito, judici ad quem, quid actum, significabit, sumtus etiam ad acta liquidabit, nec, appellante licet renunciante, aliter faciet; tum judex ad quem, si non singulares circumstantiæ aliud suadeant, absque communicatione rescribet, &, rejecta appellatione, partem aut patronum 5. 10. & amplius thaleris puniet, addita rescripto clausula, ne ullam ulteriori appellatione moram sibi fieri judex a quo patiatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. §. 7. Conf. §. 8.* ubi: Apostolis non redemtis, nihilominus, quid actum, ex officio judici ad quem significari debere, constituitur, sumtus vero ab appellante post principis rescriptum repetendos esse, immo quotiens appellatio videtur deserta, aut non admittenda, JCtorum sententiam non esse requirendam, sed referendum ad judicem superiorem, qui ejusmodi appellationes, indicta mulcta, & pro re nata addita clausula, ne se amplius appellando morari patiantur, rejiciet. §. 9. cautum est, acta ad judicem ad quem esse transmittenda, sive refutatorii fuerint apostoli, sive reverentiales.

5. Frisii præter Apostolos requirunt, ut Appellatio facta insinuetur parti adversæ & judici, *d. c. art. 21.* Quod ad partem adversam attinet, res habet evidentem rationem, ideoque ejus omissio facit nullitatem appellationis: Sed judici jam gnaro cur facienda sit insinuatio, non admodum liquet, seu viva voce, sive per libellum fuerit appellatum. Ideoque e neglectu hujus requisiti, etsi Statutum in formis rerum agendarum alioqui rigide observandum sit, Curia non solet locum dare Nullitati, atque ita definitum est in causa *Joachimi Laurentii contra A. C. van H. anno 1679.*

6. Addit idem Statutum, ab aliis gravaminibus, quam a sententiis definitivis, appellandum esse non aliter, quam in scriptis, *art. 58. 60.* Aliter facta appellatio est nulla, ut judicatum in causa *Johannis de Jonge*, contra *Rykjen Stewens. ante fer. natal. 1619.* & rursus inter *Petrum Wibes & Scheltonem Gabbes Excip. d. 19. Martii 1680.* Statutum addit rationem, quia debent addi rationes gravaminis, *d. art. 58.* quæ non nisi scripto reddi possunt. Paulo aliter in *Jurispr. hod. part. 2. lib. 2. c. 45. n. 16. & 17.* Sed vide sis Mynsing. *3. obs. 15. n. 15.* Gail. *1. obs. 130.*

TIT. VII.

Nihil innovari appellatione interposita.

I. Sententia Rubricæ. II. In quibus casibus cesset hac regula. III. Quæstiones duæ de novatione, dum pendet appellatio, decisæ. IV. An locus sit nova litis contestationi & probationibus. Esse moribus. V. Non videri esse jure civili. VI. An liceat in libello appell. opponere compensationem, quæ non fuit in priore instantia.

HÆc rubrica continet effectum Appellationis, qui est suspensio sententiæ, consequenter & executionis, *l. un. in pr. h.* idque sive recepta sit Appellatio, sive non, *d. pr. l. 6. de Appell. recip. l. 3. C. de Appell.* tam in criminalibus quam civilibus causis, *l. 12. & seqq. C. eod.* Quæ res hanc recipit limitationem, quod is, qui duorum condemnatus est criminum, si quidem a leviori appellaverit, executio non differtur, secus si a graviori, *d. l. un. § 5.* Pendet autem executio scilicet, quamdiu a judice superiore non est pronunciatum vel decisum, recipienda sit appellatio, an secus, *d. pr. h.* Ideoque interim relegatus, libere in Patria versatur, ordine motus cœtum participat, ac ita in aliis, *d. l. un. §. 2. & 4.*

2. Non est igitur juridica distinctio, qua vis appellationis dicitur esse vel Suspensiva executionis, vel Devolutiva cognitionis. Sed jure Canonico & moribus introducta & applicita judiciis possessoriis, ubique valet: Scil. ut Sententia post appellationem executioni detur, sed tamen causa denuo cognoscatur, ut intelleximus *ad tit. de Appellat. recip. vel non.* Hujus rei minime spernenda est ratio, ne spe sufflaminandæ executionis, moratores, appellationis beneficio in causis, quæ moram non ferunt, abutantur; Quare factum est, ut hæc distinctio ad alia quæque judicia producta fuerit, cujusmodi sunt apud nos sententiæ super relaxatione prædiorum conductorum, super alimentis, mercedibus famulorum ac operariorum, denique omnes sententiæ de summis infra ducentos florenos, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 67.* de quibus Sandius *1. tit. 13. defin. 4.* Addit autem, *hoc placito non contineri sententiam provisionalem, qua quis ad consignationem* pecuniæ quantæcunque *damnatur.* Concise & obscure; Quid enim, an hæ manent in statu? Ita videtur, si excipiantur ab Edicto, quod exprimit causas, quæ pendente appellatione accipiunt executionem. Sed est aliter, dantur executioni, ut notat D. Saekma *not. Man. ad Stat. 3. 2. 67.* ubi judicatum de summa 1600. Carolinorum. Ratio, quia tales sententiæ non adferunt peremptorium præjudicium. Nec enim pecunia tolli potest, nisi sub cautione de restituendo, quod est commune requisitum omnis pecuniariæ condemnationis infra summam prædictam, *Edicto 18. Septemb. 1619.* excepto Fisco, qui nunquam cavet; idemque de Fisco improprie dicto municipiorum esse observandum, placuit Curiæ nostræ ad libellum *W. G. contra Renicum a Burmanea, d. 4. Jun. 1630.* Si plures summæ una sententia comprehendantur, si quidem ex una causa veniant, fit cumulatio, non si ex diversis principiis, quod Sandius *ibidem* exemplis illustrat. Idem negat, Edictum habere locum adversus actorem, si is repulsus & in expensas sit condemnatus, quæ sunt infra summam 200. florenorum. Idque ideo, quod edictum non loquatur de *sententiis absolutoriis*, sed tantum de condemnatoriis, quod ego nec in veteri, nec in recentiore Edicto reperio, utrumque de sententiis & appellationibus, simpliciter loquitur.

3. Quæ-

3. Quæsitum est, an pendente appellatione pecuniæ controversæ Arresto præcludi possint, atque an hæc sit novatio? Est sane aliquid novi, quod prius non fuit, sed tamen est ejusmodi novitas, per quam nihil innovatur, verum res manet in statu, quo fuit ante sententiam, adeoque & ante fieri potuisset. Judicatum est igitur; arrestum post sententiam, appellatione pendente non præjudicare, argumento *hujus* rubricæ, *d. 23. Januar. 1680*. Aliud quæsitum fuit; Sempronius desponderat sibi puellam sine voluntate Patris, sed nondum eam solenniter duxerat. Condemnatus erat a judice loci in mulctam, & abstinendum a cohabitatione. Appellaverat, ac interim cohabitationem continuare volebat, a qua judex inferior eum cohibebat. Conquerebatur, & petebat inhibitoriam, argumento hujus tituli, quod hæc esset innovatio, cohabitationem inchoatam sibi pendente appellatione permittendam: Sed repulsam tulit, eo quod ille status cohabitationis ante celebrationem publicam, non erat status juris, sed facti illicitus. Si matrimonium fuisset legaliter celebratum, prohibitio cohabitationis fuisset innovatio, ut videtur. Dices; Matrimonium fit consensu: sed respondetur, postquam publici ritus sunt recepti, licet ad substantiam matrimonii non pertinentes, faciunt tamen, ne ante id tempus coire & cohabitare fas sit, ut *suo loco* dictum. Ita judicatum *ad libellum J. Helmichs, ante ferias O. S. 1681*.

4. Hactenus de novatione, quæ inter utramque facienda sit instantiam. Sequens est consideratio, an ipsum Appellationis, judicium aliquid novi recipiat, novam Litis contestationem, novas probationes & argumentationes, an vero ex iisdem Actis a superiore sit judicandum. Non opus esse nova litis contestatione, nec probationibus uti licere novis, nisi pertineant ad positiones apud priorem judicem propositas, tradit D. Wissenbach. *ad h. tit. de Libell. Dimiss. th. 2.* Usum fori secus ferre, novamque fieri litis contestationem, novas admitti probationes, etiam super articulis plane diversis fatis constat, Mynsing. *cent. 1. obs. 41. vers. Contrarium.* Gail. *1. obs. 75. & 105.* Nostroque in Foro, quod minimum a Jure Civili recedit, adeo cuncta nova sunt in processu Appellationis, ut præter libellum & responsionem, juxta sententiam, & si quam reus fecerit ob'ationis copiam, nulla veterum actorum prioris instantiæ neque positionum ratio habeatur. Debet quidem esse eadem res, eadem causa, & eadem summa petitionis: Sed argumentis & probationibus arbitratu suo, utrimque novis uti possunt, *lib. 3. tit. 2. art. 62. & 63.* ac ita fert usus; ut aliquando contingat, causas male defensas vel adstructas, per appellationem, meliorum operationum testiumque & instrumentorum retractari.

5. Quid Jus civile ferat, Leges docere debent; Ex *l. 13. C. de Procurat.* solet probari, in appellationis judicio non esse opus nova litis contestatione. Sed est ibi oppositio inter primam litis contestationem & Appellationem: Unde potius diversum colligas: Et sane, quando novum esse judicium, non negatur *l. 6. in pr. C. h. t.* non videtur nova litis contestatio abesse posse; Cui accedit, quod in *§. 1. d. l. 6.* si litigator minus se allegasse crediderit, *quod in priore judicio fuerit omissum*, hoc apud eum, qui de appellatione cognoscit, prosequi licere traditur. In *§. 2.* datur facultas *alios producendi testes*, quam prius adhibiti fuerint, sine limitatione, *si sint eadem positiones*; hæc autem novum judicii processum, adeoque novam litis contestationem supponere videntur. At in diversum nos vocant alii textus. *Lege 15. C. de Appell.* præcipitur, ut *acta judicii ad plenam instructionem Superioris transmittantur, ne lis incognito negotio dirimatur.* In *l. ult. §. 1. C. eod.* prohibentur litigatores, uti dictis prioris instantiæ, *nisi quid explicandum, aut, si quid novi habeant, addendum fuerit*; alioqui *sufficere* prioris judicii *gestorum volumina*, ad magistratus scriniorum *introducta*. Quod igitur supra de novis probationibus dictum est, quomodo accipiendum sit, habetur *l. 5. C. de Tempor. Appell. Licentia patet tam appellatori quam adversæ parti, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quæ non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur & illis conjunctæ sunt, quæ apud anteriorem judicem noscuntur propositæ.* Ex his constat, Superiorem Judicem ex iisdem actis causam cognoscere & sententiam ferre, salva partibus explicandi & addendi facultate intra eosdem disceptationis limites, ut nec opus sit nova litis contestatione, cum etiam ab una parte persecutio fieri possit, *l. ult. §. 4. in pr. C. de Temp. appell.* ubi; *sive ex una parte, sive cognitionaliter.*

6. Moribus, ut dixi, Germaniæ & nostris, necessaria est nova litis contestatio novusque Processus. Etsi in Hollandia, si quando a Curia ad Supremum Consilium fit appellatio, res ex iisdem actis judicatur, nec ideo novis probationibus, sine

ſine beneficio reſtitutionis, uti licet, Grœneweg. *ad l. 4. C. de Tempor. appell.* Idem de Gallis teſtatur Autum. *add. l. 4.* At in provocationibus a ſententiis judicum inferiorum, alia ratio eſt. Sed Concluſio, ut antea dictum, id eſt ſumma petitionis ſemper in iiſdem terminis verſari debet; nec hactenus novum aliquid admitti poteſt. Ea de re ſic eſt quæſitum; In priore inſtantia Reus injuriarum, concluſerat ad rejectionem actionis, etſi injurias ſibi viciſſim illatas querebatur, quas compenſari oporteret; verum hujus compenſationis, concluſioni ipſi non inſertæ, non erat habita ratio. In Appellationis libello non modo referebat injurias ſibi viciſſim factas, ſed etiam in concluſione petebat, ut compenſarentur. Adverſa pars excipiebat contra hanc novationem. Sed exceptio rejecta eſt, ob hanc rationem, quod Compenſatio ipſo jure fiat, etſi non petita; ſi modo ex actis de facto reciproci debiti conſtet, adeo ut petitio compenſationis non ſit factum novum, quando qui compenſat, nihil compenſare dicitur, *l. 21. de Compenſat.* In cauſa *Tiardi Hieronymi, contra Gabrielem Roqueval, anno 1680.* Denique probationem in judicio Appellationis incumbere iiſdem, quibus in priore judicio incubuit, non eſt dubium, niſi vitium Proceſſus arguatur, quod Appellans demonſtrare debet. Maſcard. *1. de Probat. concl. 115.* Wiſſeub. *ad Tit. de Apoſt. num. 24.*

Tit. VIII.

Quæ Sententiæ ſine appellatione reſcindantur.

I. Senſus rubricæ. II. Inductio per ſpecies. III. Expoſitio l. 1. §. ult. h. t. *IV. De uſu hodierno.*

SEnſum hujus Rubricæ dedimus ad *princ. tit. De Appellation.* ſcilicet, quid juris interſit inter Reſciſſionem, quæ fit per Appellationem, & Nullitatem, quando Sententia eſt ipſo jure nulla, ‡ neque requirit hoc remedium. Caſus, & an ejus differentiæ effectus adhuc ubivis duret, attigimus ad *tit. de Re Jud. n. 48.* Hoc ſibi vult Rubrica; *Quæ ſententiæ ſine appellatione reſcindantur.*

2. Species videamus; Cum contra ſacras Conſtitutiones judicatur, appellationis neceſſitas remittitur: Contra Conſtitutiones autem judicatur, cum de jure conſtituto, non de jure litigatoris pronuntiatur. Ergo ſi judex ita dixerit; neque filios, neque ætatem ad tutelæ excuſationem prodeſſe, vel potuiſſe defunctum etiam minorem quatuordecim annis, teſtamentum facere, de jure conſtituto pronuntiaſſe intelligitur; quod ſi negaverit, de ætate probatum eſſe, de jure litigatoris pronuntiaſſe intelligitur, quo caſu appellatio neceſſaria eſt, *l. 1. §. 2. h. l. 2. C. Quando Provoc. non eſt nec.* Porro nec opus eſt appellatione a ſententia contra rem judicatam lata, *l. 1. C. Qu. provoc. nec. non eſt.* nec III. a judice incompetente lata, aut qui modum & tempus ſuæ poteſtatis exceſſit, *l. 5. & 6. C. eod.* IV. vel ex errore calculi, *l. 1. §. 1. h.* vel V. ſi quis condemnatus tanquam contumax ex edicto peremptorio, quod neque propoſitum eſt nec in notitiam pervenit, *l. 1. §. pen. hic.* ſi reus tempore, quo ſententia dicitur, in rebus humanis eſſe deſiit, *l. 2. hic. l. 59. §. fin. de re jud.* VI. Si talis ſit condemnatio, cui pareri per rerum naturam non poteſt, *l. fin. hic.* adde Struv. *h.*

3. Huc etiam pertinet, quando judex de cauſa Reconventionis non tulit ſententiam, ſed de conventione tantum, non eſt neceſſe hunc appellare ad effectum ſuſpenſivum executionis obtinendum, ſic enim legibus obtinet, ut executio ſententiæ latæ differatur, usque dum altera æque perlata fuerit; ſed tamen recte appellatur, ſcilicet ad effectum devolutivum cognitionis; quæ eſt explicatio *l. 1. §. ult. h. t.* Ex quo loco ſunt hæ duæ obſervationes: I. Quod ſententiæ conventionis & reconventionis, pari non ſemper incedant paſſu. II. Quod diſtinctio inter effectum appellationis ſuſpenſivum & devolutivum, non ſit penitus a jure aliena, quod quidem hoc caſu liqueat.

4. De uſu hujus tituli, Grœnewegius *ad tit. C. Quando provoc. nec. non eſt.* Hic titulus nusquam receptus eſt, *ait,* Noſtris enim & aliorum mori-

‡ Quod ad nullitatis remedium attinet, negligenda eſt JCtorum nonnullorum diſtinctio, inter decreta & ſententias; Quæ in O. P. V. conſtituta ſunt, de nullitate ex defectu citationis, vel mandati oriunda neutiquam ſunt intelligenda; denique cum nullitatis remedio intra ſpatium Saxonicum interpoſito, incumberet ei, qui interpoſuerat, anniti, ut citationes intra geminatum ſpatium Saxonicum fiant, hoc nunc in ſimplex tale ſpatium coarctatum eſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 38. §. 1.*

moribus * necessaria est Appellatio, etiamsi sententia sit ipso jure nulla, pluresque citat Galliæ Belgarumque scriptores. Rationem ait esse, quia *nullitates Processus hodie non attenduntur, si de meritis causæ principalis constet.* Atqui hæc ratio non convenit plerisque nullitatibus, quarum exempla *supra* scripsimus, quæ ad substantiam negotii potius quam ad modum procedendi pertinent. Proinde si non est opus appellatione, præterquam si vitium processus arguatur, nimis temere Censor universi tituli usum abolevit. Præsertim si addamus exceptiones, quas ipse ponit. Ait enim, Tituli usum superesse in ipsis vitiis Processus; si nullitas procedat ex defectu jurisdictionis, citationis, mandati Procuratorii, & si lata sit nulla sententia in Curia suprema. Quas exceptiones si addas ei, quod dictum, Nullitatem adhuc usum habere distinctum, si aliunde quam ex vitio Processus oriatur, parum aberit, quin Grœnewegii crisin convertere liceat, usum tituli superesse hodieque, exceptis casibus quos ipse viderit; nec enim expressit. Plane hoc verum est, Querelam nullitatis per modum provocationis ad judicem superiorem factæ administrari, per modum, inquam, non jure appellationum: Cujus rei argumentum habeo, quod tales sententiæ & similes, *tit. C. Quand. prov. nec. non est*, nunquam transeunt in rem judicatam; & ad 30. annos impugnari possunt proposita nullitatis querela apud eundem vel superiorem judicem. Sera tamen nullitatis querela, temporibus appellandi elapsis, nisi evidens sit, non solet impedire executionem, idque ob metum calumniarum, Gail. *1. obs. 113. n. 24.* add. Struv. *h.*

Tit. IX.

An per alium causæ Appellationis reddi possunt.

HUic Quæstioni, quam Rubrica præfert, ita satisfacit Ulpianus: In rebus pecuniariis agi possunt causæ per Procuratorem, etsi ignominia inde sequatur: In criminalibus *non licet*, si causa sit *ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem*, ait textus. Quid si pœna sit ipsa relegatio, licetne dare procuratorem? Licere, censet Menoch. qui verba *usque ad* intelligit *exclusive*, *l. de arbitr. cas. 10. num 129. & cas. 387. n. 13.* Nec ratio abhorret; Etenim in pœnis corporalibus dato Procuratore, non posset ipse reus absens adfici pœna; quod in Relegatione habet facultatem; etsi in foro nostro sic est receptum; Ex vinculis reos mitti in exilium; nec ideo procurator, qui absentem defendat, in talibus admittitur. Nec alia mens Ulpiani in hac positione *d. l. 1.* Sed *si ea causa sit, ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, -- plane si pecuniaria &c.* Adde Wissenb. *ad h. tit.* qui ex Claro & Gomezio narrat usum Fori hunc esse, ut si pœna corporalis non sit, causa per Procuratorem agi possit. Quod juri nostroque usui, quemadmodum dixi, convenire non videtur.

Tit. X.

Si Tutor vel Curator Magistratus creatus appellaverit.

SIc Rubrica legitur; disjunctiva tamen transposita, melius ni fallor, Si *Tutor, Curator, vel magistratus creatus appellaverit.* Agitur enim heic de provocatione a muneribus publicis, sive illa Tutela, vel Cura sit, seu Magistratus: non quid juris, quando is, qui Tutela aut Cura fungitur, ad Magistratum vocatus est, ut Rubrum nunc indicat. Qui vocatus est ad munus publicum, statim appellare potest, *l. 1. C. de temp. appell. l. 1. de vacat. & excus. mun.* Non tantum a Tutela & cura, quæ in privatis patrimoniis versantur, sed etiam a vere publicis administrationibus, ut si quis centurio, signifer, aut ordinis inferioris in civium centuriis creatus, aut etiam Diaconus; quomodo Doctorem Juris Rostochiensem, quem Diaconum sui creaverant, ad Supremum Suedici regiminis Consilium, quod est Wismariæ, provocasse, & Implorato Academiæ nostræ, in qua promotus erat, testimonio, absolutum esse memini. Apud nos appellatio in talibus parum usitata, minime tamen abolita est, multoque satius foret, hoc uti remedio, quam tot conflictari difficultatibus: quot aliquando vidimus agitatos, qui id genus muneribus subducere se volebant. Olim etiam a

* Non certe Saxonicis, uti videre est ex *Ord. Proc. Saxon. Tit. 38.* & ad eum Commentatoribus, *impr. Ill.* Mencken. *d. l. p. 436.*

tutela & cura statim appellari solebat, donec Divus Marcus ita constituit; *Si quis Tutor datus fuerit, eum non oportere provocare; sed intra tempora praestituta excusationem allegare; & si fuerit repulsus, tum demum appellare debere. l. 1. §. 1. Quando appell.* qua de re satis controversa, sat egimus *ad tit. de Excusat. Tut. n. 7.* Pendente appellatione non cogitur quidem ad munus subeundum, qui appellavit, verum si rejecta sit appellatio, tenetur ad omne damnum pupillo vel Reipublicae, quod exinde profectum est, sarciendum, *l. 1. h. t.* quo respectu, si pendente appellatione provocantes moriantur, heredes eorum appellationem prosequi compelluntur, *l. 2. h.*

Tit. XI.

Eum qui appellaverit, in provincia defendi.

Tit. XII.

Apud eum, a quo appellatur, aliam causam agere compellendum.

APpellatio est remedium tralatitium, nec etsi judicis sententia retractetur, is ideo causam offensionis adversus appellantem suscipere debet. Nec enim quod superior judex aliter sentit, ad ipsius contumeliam pertinet. Nihil tam humanum, quam

Diversum sentire duos de rebus iisdem.

Forte qui primus judicavit, aliter secundis curis censeret; Forte aliis rationibus causam Appellans suam defendit, quam prius. Mali vel stulti sunt judices, qui appellationes a se fieri, aegre ferunt. Reperiuntur tamen, & usus docet dari hodieque, nec olim defuisse, docent hae duae Rubricae.

Appellavit aliquis a Praeside Provinciae; prosequendae appellationis causa abest e Provincia, vel domi quidem agit, sed judicem quasi offensum perhorrescit. Non vellet apud eum defendere causam: Sed Jura non probant hunc metum inanem, nec absentiae causam, utpote quae non est Reipubl. gratia; Jurisdictio nihilominus habet suum consuetum cursum, defendere se debet appellans in aliis causis apud competens ordinarium tribunal. Quod si judicem appellationis putet irritatum, in nova causa iniquiorem sibi fuisse, paratum est denuo Appellationis remedium, *his titt.*

Tit. XIII.

Si pendente Appellatione, mors intervenerit.

I. Quid juris, si heres non extet, aut si extet, quando non teneatur prosequi appellationem. II. Quando heres ad prosequendam appellationem teneatur. III. Quid usu hodierno.

NOn decet esse mortis immemores, quae, ut res sunt hominum, spes litigantium nova judicii expectatione sufflaminatas eludit. Appellante mortuo sine herede, non potest non evanescere appellatio, *l. un. pr. h.* Heres si extet, is appellationem prosequi, vel deserere potest, cogi non potest, nisi quatenus interest tertii, *d. l. un.* quemadmodum de herede Tutoris dati, intelleximus ex *l. 2. Si Tut. vel Curat.* eum cogi ad prosequendam appellationem, propter periculum medii temporis. Quin etiam Tutoris, qui rationes reddidit, heres appellationem in causa pupilli instituam prosequi tenetur, *l. un. §. 3. h.* ubi ratio redditur, quia sufficit, Tutorem mortis tempore ad causas appellationis reddendas obligatum fuisse. Tenetur igitur heres, quemadmodum defunctus tenebatur, de quo mox aliquid.

2. Proinde quoties nihil interest alterius, appellationis prosequendae nulli incumbit necessitas, *d. l. un. h.* ut si pater tuus ad Decurionatum evocatus appellationem interposuerit, eaque pendente concesserit in fatum, *l. 4. C. h. t.* Item, si quis sine ademptione bonorum relegatus sit, *d. l. un.* Nam bonis relegati, aut deportati, vel in metallum dati, per sententiam publicatis, heres ea non potest recuperare, nisi appellatione superior factus, *d. l. un* secus si requirendus, duntaxat ab annotatione bonorum appellaverit, ac ante actam causam mortuus sit; tunc bona ad successores pertinent, *l. 2. C. h. t.* quod est exemplum nisi,

nisi fallor, appellationis ab interlocutione, vel gravamine non definitivo, nec quod per definitivam corrigi non possit. Quod si capitali supplicio damnatus, bonis etiam publicatis, appellaverit intereaque decesserit, hujus morte crimen extinguitur, neque de bonis ulla quæstio superest, *l.3.C.h.t.* Denique, casu quo heres tenetur ad prosequendam appellationem, non tantum habet residuum tempus, quod defuncto de fatalibus supererat, sed etiam alios quatuor menses, eosque, si deliberandi jus impetraverit, post tempus deliberandi elapsum, *l.ult.C.h.t.*

3. Moribus hodiernis, quemadmodum defunctus introducta appellatione per oblationem Apostolorum, (ubi recepti sunt,) compelli potuisset ad anticipandam prosecutionem appellationis, vel ad eam deserendam, idem adversus heredem decerni potest, quod in Hollandia vocant ad *armenta*, id est, armamenta causæ *readsumenda*, Grœneweg. *ad h. tit. C.*

DE REVISIONE.

IV. Revisio cum supplicatione confertur. V. In effectu executionis, cautionis. VI. Quo tempore petenda Revisio. VII. Modus introducendi. VIII. De mulcta temerariæ revisionis. IX. Modus eam prosequendi. X. Effectus sententiæ. XI. In quibus casibus cesset. XII. An detur Revisio Revisionis. XIII. De Revisione majore, quibusdam in locis.

AD imitamentum Supplicationis jure Romano cognitæ, moribus hodiernis introductam esse *Revisionem*, aliquoties dictum. Opus est paulo pressius comparentur. Supplicatio datur a sententia præfecti prætorio, quoniam is vice *sacra*, id est Imperatoris, judicat, *l.un.§.1. de Off. præf. præt.* Revisio fit etiam a sententia supremæ Curiæ, quæ Principis vice judicat.

5. Supplicatio facta cis decem dies a lata sententia, suspendit effectum sententiæ, nisi victor caveat de restituendo, si judicatum retractetur; post decendium facta, non suspendit executionem. *Nov. 119.c.5.* ubi Rittershus. *10. Expos.c.4. num.6.* Idem in Revisione servatur, & cautionem oportet esse fidejussoriam, *d.c.5.* non sufficiente possessione rerum immobilium, ut in nostra Curia sæpe judicatum; nec juratoria cautione, pro illustribus & pauperibus, ut olim judicio sistendi causa; quia rem peremptorii præjudicii a jurejurando suspendere non est tutum: ac ita servatur apud nos, etsi aliter Bouricius fori nostri celebris Advocatus, *tract. de offic. Advoc. sub fin.* Quatenus autem securitati victoris consuli potest, haud abs re fit non spernere jusjurandum, quomodo judicatum in Quæstione super Emptione venditione. Post revisionem intra decem dies institutam, jurejurando victoris interposito, placuit Emptionem venditionem pro valida recipi, & traditionem rei venditæ, ac ita sententiæ executionem fieri, sed pretium durante revisione, manere sub Emptore, qui Revisionem petierat, usuris quincuncibus, si judicatum maneret, & sub lege finiendi Processum revisorium intra sex menses. Erat *medium* quid, *d.30.Jan.1640.referente Nauta.*

6. Cæterum, post decem dies, Supplicatio retinet quidem effectum cognitionis devolutivum, ut retractatio fieri queat, sed absque suspensivo effectu executionis, *d.cap.5.Nov.119.in fin.* Idem de Revisione servatur: quæ apud nos eo modo institui debet ac introduci intra biennium post sententiam, *lib.3. Statut.Fris.tit.32.n.2.Ed.d.24. Febr. 1654.* ubi de reliquis ad Processum Revisionis spectantibus. Quod si victor biennium expectare nolit, quatenus sæpe Revisiones eludendæ executionis causa proponuntur, receptum apud nos est, quemadmodum de Appellatione diximus, ut Victor impetrantem Revisionis vocare possit ad inchoandam instantiam, cui si non pareat, judex ei terminum præfigit, intra quem agat, aut sileat.

7. Modus in Revisione disceptandi, est ab antiquo apud nos, ut Advocatus Impetrantis prima audientia, viva voce causas faciendæ retractationis exponat, quod a majoribus ita institutum est, ut saltem hac solenni occasione Patroni forensem eloquentiam exercerent: Sed postquam orationes judiciales apud nos exoleverunt, Advocati ad specimina dicendi plerique nullo modo facti, (magno, ut mea quidem fert animi sententia, dedecore florentissimi ordinis,) Patroni revisionis, ordini publico dicis gratia satis faciunt, & libellum Revisionis viva voce prælegunt e scripto, raptim & defunctorie; quod nec aliter, ut par est, a circumstantibus accipitur, ut nec aures suas commodent, neque res alias satagere desinant; non sua profecto, sed recitantium culpa; ut longe satius esset libellum simpliciter tradi, quod fit in aliis instantiis, quam *gloriosa vocis*, quam leges Advocatis adscribunt, *honorem* prostitui.

8. Juxta introductionem Revisionis, Impetrantes consignare debent quinquaginta florenos Carolinos, quos sententia emendata recuperant, alioqui perdunt; qui successerunt in locum quinquaginta librarum argenti, quæ mulcta temere appellantibus olim infligebatur, *l. 5. in fin. C. Quor. appell. non recip.* Quid si transactione causa finiatur; Existimo posse repeti mulctam, quia non aliter præstatur, quam si *claruerit, appellantem cognitoris intentionem perperam suspendisse. d. l. 5. in fin.* quod transactione facta non magis liquet, quam si non petiisset revisionem; cui accedit, quod minime peccare videtur, qui in dubia causa contra fiscum facile responderit, *l. 10. de jur. Fisc.*

9. Ad libellum Revisionis victor & jam denuo reus, vel respondere, vel ad dicta prioris instantiæ se referre potest, si nihil addendum habeat: Alioqui juris rationes, in quascunque velit partes, novas adducere potest; de facto nihil admittitur novi, nec etiam exceptiones seorsim a responsione Principali, verum si quis habeat exceptiones, hæ pariter cum litis contestatione proponendæ sunt, ad *utrumque finem*; concludendo, non admitti Revisionem ob exceptionem, vel in priore sententia *persisti*. Scripturis ad duplicam usque perfectis, hæ cum prioribus Actis a partibus *evangelisantur*, (hoc vocabulum vi clam irrepsit in usum fori nostri,) id est conferuntur & instruuntur: ipsique Curiæ, cui nemo quam Illustrissimus Gubernator adjungitur, revidendæ offeruntur. Alibi acta mittuntur ad alias Curias, aut novi judices prioribus adjunguntur.

10. Sententia pro uno consortium lata, prodest etiam alteri, sicut in Appellatione dictum est *ad tit. de Appell.* atque a Curia nostra judicatum est in causa *Annæ Agnetis Baronis de Swartsenb.* viduæ *Altavillæ*, contra *Helenam B. de Swartsenb. d. 5. Jul. 1679.*

11. Cessat Revisio sine dubio in causis, quarum appellationes non recipiuntur; de quibus *in tit. de Appell. recip.* Præterea non placuit in Curia nostra admittere Revisiones in causis criminalibus, ne quidem capitalibus, ut judicatum ad Supplicationem *Cornelii Cuijck* capitis ob homicidium damnati, *d. 9. Martii 1619.* Nec in matrimonialibus, ut sæpe rescriptum est, nominatim in causa *Ida Hania*, contra *Matthæum Romberti, ante ferias O. S. 1610.* Jacobi Feikens *contra* Johannem Nicolai, *Septembr. 1646.* *Catharina Lautenbach*, contra *Johannem Buttinga, d. 10. Decemb. 1660.* Non puto etiam, in judiciis possessoriis admissum iri, *arg. l. un. C. Si de moment. poss.* & quia transitus ad petitorium judicium abunde satisfacit. Nec admittitur in pronunciationibus ad libellos supplices, ne quidem in casu, quo *Reauditio* negatur, id est, quando Rescriptum, causa summatim cognita ab ipsa Curia datum est, ut memini esse decretum & rescriptum.

12. Quæsitum est, an detur Revisio Revisionis; & dicendum, non dari, quia post Supplicationem a sententia Præfecti Prætorio, non datur alia supplicatio, *l. 5. C. de Precib. Imp. off. Ordin. Judic. Spir. tit. 53. §. Im Fall aber.* Gail. 1. *obs. ult.* Et quia noxium est publico bono, atque absurdum pro auctoritate rerum judicatarum, præsertim ubi Revisio fit ab iisdem judicibus. In nostra tamen Curia vicit hæc sententia, quod bis quidem Condemnatus novam revisionem petere non possit, verum qui priori instantia vicit, at in Revisione condemnatus est, ut hic denuo Revisionem petere possit. Etsi non defuere, qui aliter sentirent, quos inter Vir Amplss. *D. Matthias a Vierssen*, Supremæ Curiæ Senator Primus, libello *edito* contrariam sententiam adstruxit: hinc ab annis fere XXXVI. Sed ea, quam dixi, opinio in usum fori invaluit; forte etiam, quominus ad revisionem magnam, quam vocant, partibus ingenti sumptu & motu transire necesse sit.

13. Etenim ut Supplicatio potest fieri vel ad ipsum Præfectum Prætorio ejusque consiliarios, vel ad Principem, *Nov. 119. c. 5.* sic etiam Revisio vel fit ad Supremam Curiam, vel ad Principem ejusve Consilium supremum; hoc tamen discrimine, quod in jure Romano non sunt diversi gradus illi, *d. l. 5. C. de Precib. Imp. off.* Sed Carolus V. in Edicto *d. 30. August. art. 13. & 10. Julii 1551.* cum Ordd. consensu statuit, ut post Revisionem adhuc liceat petere aliam Revisionem faciendam a magno Senatu Mechliniensi: Et abrogato Hispaniæ Regis Imperio, suprema Supplicatio fit ad Ordines tanquam ad Principem Reipubl. a quibus vocantur in Consilium tres exteri & totidem indigenæ Jurisconsulti, tam theoriæ quam praxeos periti, atque ab his eodem modo proceditur, quo prius apud Curiam Mechliniensem solebat, ex Decreto *d. 10. Maji 1593.* secundum formam *lib. 3. Stat. tit. 32. n. 13. n. 20. & n. 25.* præscriptam. Diximus in *Jurispr. hod. part. 2. lib. 2. Cap. 46. & 47.*

TIT. XIV.

De Jure Fisci.

I. Quid fiscus & differentia ejus, a re Cæsaris privata, Domanio, Ærario. II. Municipia non habere Fiscum, & usus ejus rei. III. Species; & jura fiscum augendi. IV. Alia species, & jura conservandi fiscum.

ABsoluta sunt, quæ ad jus privatum pertinebant. De jure publico ex professo in Institutionibus & in Pandectis non agitur. Quædam nihilominus hisce capitibus, quæ sequuntur, delibata sunt, facto initio a Jure Fisci. Significat autem Fiscus pecuniam publicam; metonymice, quia Fiscos, id est viminea vasa olim custodiendæ pecuniæ publicæ adhibebant. Discrimen ab ærario, quod Romani Principes verbo magis quam re introduxerunt, de quo diximus in *lib 3. Digress. cap. 21.* hodie nullum est, nisi quod fiscus maxime de emolumentis, quæ princeps habet extra tributa & vectigalia, at de his ærarium magis usurpatur. Ait quidem Ulpianus in *l. 2. §. 4. D. Ne quid in loco publ. Res fiscales quasi proprias & privatas esse Principis*, hoc tamen *reduplicato*, ut ajunt, accipiendum, *qua Principis*. Nam bona Cæsarum privata sub primis Imperatoribus & a Fisco & ab ærario distincta fuere; sicut hodieque bona Principum forent, si cum Domanio non jungerentur, quomodo Borbonii suas ditiones, quas olim habuere distinctas a Domanio Gallico, si cum eo non essent unitæ, etiamnum haberent, quemadmodum Rex Angliæ Guilielmus suas res, tam a Domanio, quam ab ærario & a Fisco Anglicano tenet separatas. Ubi hoc servatur, ibi bona Principum quadruplicia esse queunt; Privata, Domania, Fiscalia, & Ærarium. Privata, quæ Princeps non habet ut Princeps, sed etiam ante & citra Principatum. Domania, res dominicæ in Jure, sunt bona perpetua & stabilia, Principi unde se exhibeat, assignata. Fiscalia, sunt emolumenta fere accidentalia, quæ maxime per confiscationes accedunt. Ærarium, contributiones & vectigalia continet. Prima & ultima species huc non pertinent: Duo media sæpe confunduntur aut junguntur, etiam in *hoc tit.* ut videtur; Etiam moribus passim, quomodo apud nos quoque fiscalia cum Dominicis rebus sive domanio, conjunctim habentur.

2. Sit igitur Fiscus, pecunia Principis publica, quam proinde non habent civitates municipales, *l. 10. D. ad Municip.* quibus proinde nullum ex his, quæ fiscalia dicuntur jura, competit: * quomodo a nostra Curia superioribus annis judicatum est. Cum peregrini conjuges, sine heredibus, ut credebatur, defuncti essent, *Bolswardiæ* Civitas illa bona sibi vindicaverat: Sed reclamante procuratore generali, *Domanio* Provinciæ adjudicata sunt: Etsi Querela Civitatum, quod cum Pauperes Peregrini illorumque liberi ad ipsarum onus pertineant, Divites ad earundem referri debeant commodum, specie momentoque rationis non caret. Bolswardienses tum quidem id egerunt, ut cognati illorum Conjugum ignorati emergerent, quod fere usu venit.

3. Jura Fisci præcipua distingui possunt ita, quod vel ad Fiscum augendum, vel rem ejus custodiendam pertineant. Ad augendum eum spectant Commissa vectigalium, Indignorum & variæ mulctæ, Caduca, Bona vacantia & Nullius. De Commissis vectigalium, (nam vectigalia ipsa sunt ærarii,) diximus *ad tit. de Public. & de Vectigal. & Commiss.* De hæreditatibus & legatis, quæ ut indignis auferuntur, habuimus proprium titulum *de His quæ ut indign.* Huc etiam referri potest, qui ædes suas negotiandi causa destruxit, *l. 1. h. & l. 52. de Contrah. empt.* His proximæ sunt mulctæ, quæ varias ob causas Fisco applicantur, veluti pœna 50. aureorum, in singulos terminos motos, *l. 3. de Term. mot.* Qui rem litigiosam vendidit, præter rei ipsius restitutionem, alterum tantum Fisco inferre cogitur, *l. ult. C. de Litig.* Sed non est hic animus, omnes mulctarum species referre; Summa capita jurium fiscalium monstrare satis est. Bona damnatorum huc etiam pertinent, de quibus *ad tit. de Bon. damnat.* egimus. *Caduca* fuerunt olim Hereditatum & Legatorum, quæ inter mortem Testatoris apertasque tabulas deficiebant, quæ ab Augusto instituta sustulit Justinianus *in l. un. C. de Caduc. toll.* De bonis vacantibus eorum, qui sine herede moriuntur, locuti sumus in parte prima *lib. 3. in pr. ad Nov. 118. sub fin.*

* In Saxonia tamen Jura fisci in bonis vacantibus, ad eos pertinent, qui Jurisdictionem Criminalem habent, teste Beiero in *Delin. Jur. Civ. ad Inst. de Success. ab Intest. pos. 70. & in not. & ad D. h. pos. 2.*

ubi de denunciatione. Cæterum, nec ab omnibus denunciari potest, *l. 2. §. pen. l. 13. §. extat. l. 16. & l. 18. hic.* neque ex omnibus causis, *l. 1. §. an bona. l. 11. l. 13. l. 12. §. pen. & l. 45. hic.* Sunt etiam pœnæ singulares in temere aut falso deferentes constitutæ, *l. 2. l. 15. & l. 42. §. fin. eod. l. 4. C. de delator.* Nec coram omni judice, *l. 7. & l. 45. §. 7. hic. t. t. C. ubi cauf. fiscal.* nec omni tempore, causa fiscalis agitari potest, *l. 13. §. antepen. hic.* Nam omnibus fiscalibus quæstionibus 20. annis præscribitur, *l. 1. §. 3. hic. & l. 13. C. de diverf. temp. præfc.* excepta quæstione de vectigali non soluto, cui quinquennio, *l. 2. C. de vectigal.* & nunciatione bonorum vacantium, cui quadriennio præscribitur, *l. 1. §. Divus. 2. hic.* De Præscriptione servamus, opinor, hodie; In cæteris, quæ ad modum regiminis publici spectant, quisque suæ Reipublicæ ordinem consideret, oportet.

4. Ad conservandum fisci jus varia pertinent. Habet enim multa jura præcipua, id est privilegia fiscus, veluti jus pignoris ex contractu, *l. 46. §. 3.* haud perinde in pœnis, *l. 17. & l. 37.** nec cum privato succedit, *l. 6. h.*

Quibus adde, quod is, qui non acquirit, in fraudem fisci alienare censetur, *l. 45.* quod alioqui secus est, *l. 6. pr. de his quæ in fraud. cred.* excepto tamen patre, qui capitis damnatus hereditatem in *fisci* præjudicium repudiare potest, *l. 26. h. t.* Speciale etiam est, quod is, qui res fisci subtrahit, in quadruplum sæpe punitur, *l. 8. in fin. ad L. Jul. pecul. l. 46. §. f. h. & l. 1. in f. C. de lib. natur.*

Privatos ad editionem instrumentorum cogit, *l. 2. §. 1. hic.* Conductores rerum publicarum invitos detinet, si maximos fructus fecerint, *l. 11. §. fin. de Publ. & Comm.*

Debitores debitorum suorum exigit, *l. 3. §. multa hic.* Evictionem simplicem tantum præstat, licet duplam promiserit, *l. 5. eod.* adde *§. ult. I. de Usucap.*

Denique, in fisci venditionibus Ædilitium edictum locum non habet, *l. 1. § illud. de Ædilit. edict.*

Omnis venditio, ab eo quasi in diem facta recipit adjectiones, *l. 1. C. de vend. reb. civ. & l. 4. C. de fid. & jur. hast. fisc.*

Aliis creditoribus soluta aufert, ut sibi satisfiat, *l. 18. §. fin.* cum *ll. sequ. h. t.*

Usuras in bonæ fidei contractibus ex mora non præstat, *l. 17. §. fiscus de Usur.*

Res dominicæ, ut & Augustæ, iisdem privilegiis donantur, quibus res Fisci, *l. 6. §. 1.* de quo tamen vide *l. 56. de Leg. 2.* cum *l. seq.*

TIT. XV.

De Captivis, & de Postliminio, & redemptis ab hostibus.

I. Captivi quotuplices. II. Postliminii definitio & origo. III. Definitionis expositio. IV. Explicatio l. 12. in pr. h. t. *V. Continuatur explicatio definitionis. VI. Quotuplex postliminium, de effectu ejus in genere. VII. Quænam res postliminio restituantur. VIII. Non matrimonium, quod secus hodie. IX. Nec jura imperii vel magistratus aliive honores. X. Secus in libertate & jure imperii totius populi alicujus. XI. Societatis & fœderis jura postliminio non restitui. XII. Conclusio ad hypothesin. XIII. De redemptis ab hoste.*

Tria membra sunt hujus Rubricæ. Primum est de Captivis. Hi vel in bello solenni, vel civili, vel a piratis sunt capti. Bellum solenne vocamus, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, more gentibus recepto. Tales vel pugnantes capti, vel armis superati hostibus se dederunt. Ex his generibus qui a latronibus & piratis capti sunt, non egent postliminio, *l. 19. §. 2. h.* nec etiam capti bello civili, *l. 21. §. 1.* Et qui hostibus superati se dederunt, beneficio postliminii habentur indigni, *l. 17. h. t.* quod ut intelligendum, mox videbimus. Supersunt capti bello solenni in calore pugnandi, quibus est Postliminium.

2. Est autem hoc nihil aliud, quam Jus ex reditu in limen, id est, in fines publicos; aut plenius, est, Jus, quo qui captus ab hostibus & eodem bello ad suos reversus est, omne suum jus tam ad personam ejus, quam ad patrimonium pertinens, ita recuperat, ac si captus non fuisset, *l. 5 §. 1. & l. 19. C. de Captiv. & postlim. reverf.* Scilicet, postquam jus belli invasit in societatem humanam, ratio miserationis eorum, qui armis victi hostibus serviebant, causam dedit gentibus de aliquo remedio cogitandi, quo jus eorum, si quando e manibus hostium evasissent, integrum maneret. Cum enim ex simplici ratione juris, qui in hostium po-

*Abiit tamen a Juris civilis placito Legislator Saxonicus in *O. P. S. tit. 43. §. 5.* j. tamen ad *d. 1. O. E. S. Not. p. 158.*

testate

testate sunt pro nullis habeantur, nihil aliud ex juris, inquam, rigore consequi poterat, quam ut bona eorum fierent occupantium. Quod cum merito acerbum videretur, Postliminium ita stabilitum est, ut quamdiu spes aliqua reditus in Patriam superesset, omnia captivi bona juraque integra manerent, quæ reversus quidem illibata reciperet, mortuus ad successores suos transmitteret; Cui rei adjuvandæ Lex Cornelia in urbe Roma fuit, de qua in *l. 10. l. 12. §. 1. & l. 18. D. h. t.*

3. Persequamur dictum definitionis. Postliminii jus competere dicitur *Captis*, non igitur transfugis; Nam qui malo consilio & proditoris animo Patriam reliquit, merito hostium numero habendus est, ait Paulus in *l. 19. §. 4. h. t.* quanquam servus transfuga postliminio ad dominum revertebatur, siquidem huic nihil imputari poterat, *§. 5. d. l. 19.* Idem Paulus in *l. 17.* tradit, & eos carere postliminio, *qui armis victi hostibus se dediderunt*; quod ratio vult non de iis intelligendum, qui in conflictu oppressi incontinenti se fidei hostium commiserunt, de quibus Modestinum accipimus in *l. 4. d. t.* ubi eos, qui hostibus deduntur, jure postliminii reverti scribit: Verum de talibus, qui vel dimicationem expectare non sustinuerunt, vel ubi post prælium se receperant, desperatione evadendi, salutem ab hoste pacti sunt. Neque distinguit Paulus, utrum satis virium fuerit illis ad resistendum, an secus; idque duplici ratione firmatur. Prima est, quod Gentes pacta cum hostibus inita velint esse rata; proinde qui se sponte servum fecit hostis, optimo jure manet ejusdem servus, neque domino suo, cui submittere se voluit, subducere sese potest. Altera ratio est, ut discrimen inter eos fit, qui re bene gesta, vi majore subacti sunt, eosque inter, qui insignius mollitie quam fortitudinis specimen ediderunt. Prima ratio una cum servitute hodie cessat, altera etiamnum obtinere videtur: Non minus enim aliis gentibus quam Romanis convenit id quod Tryphoninus ex Servio citat, fere in hunc modum; quod majorem civibus in fortitudine bellica, quam in pactione, spem esse sitam oporteat, in *l. 12. eod. tit.*

4. Cæterum, qui bello repente exorto apud hostes deprehenduntur, his nihil obstat, (etsi absque pugna in hostium potestatem venerunt) quominus postliminio gaudeant, idque Tryphoninus his verbis tradit in *d. l. 12. in pr. Verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarserit, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur.* Pro *facto*, quod est in Florentino, alii volunt legi *pacto*, alii *fato*, quod & Wissenbachius noster ut indubitatum amplectitur, *ad tit. ff. de Postlim. th. 18. & 20.* etiam Grotius *lib. 3. cap. 6. n. 12.* qui id habet ex Cujacio, *dissimulato ejus nomine*, ait Wissenbachius, (quasi idem ipsi nunquam excideret, & quotusquisque non aliquando ita!) Refert dein præceptor noster conjecturam Salmasii & Heraldi, quorum ille sic emendat, *apud quos jam hostes suis factos*. hic ita, *hostes suos factos*. his illud *fato* nimis in eo loco Poeticum visum esse, opinor. Si per tantos viros liceret, quod scio quam ægre obtenturus sim, Florentinæ cupiam acquiescere lectioni; *apud nos jam hostes suo facto deprehenduntur*; Opponuntur enim his, qui *facto* manuque *hostili* in servitutem rediguntur, alii, qui sponte venerunt ad hostes, ac ita *facto suo* causam servituti dederunt.

5. Sequitur in definitione, *ab hostibus*. Justum enim ac solenne bellum sit oportet, ut locus fiat postliminio, sicut diximus: Proinde, qui a piratis & latronibus capti sunt, non egent postliminio; si quidem homines, aut res ita captæ, jure gentium dominos non mutarunt, *l. 24. h. t.* eademque ratio est in civilibus bellis, *l. 21. §. 1. eod. tit.* quod tamen de rebus ab Algeriensibus, Tunetanis, Zalæensibus, Tripolitanis, aliisque barbaris piratica captis, non esse statuendum, a Senatu Parisiensi judicatum esse, refert Grotius *lib. 3. de J. B. & P. c. 9. sub fin.* ac ita sine dubio servatur, ut res ab illis captæ atque dein ab aliis populis fœderatis amicisve receptæ, pristinis dominis non restituantur; Qui tametsi latrones sint, nihilominus Civitates sunt; quarum jus prædatorio instituto non amittitur, quando olim apud Græcos, teste Thucydide *l. 1.* & Germanos, Tacito *lib. de mor. Germ.* latrociniuni quasi jure, saltem externo, exercitum fuisse constat. Succedunt verba definitionis, *& eodem bello ad suos reversus est.* Modus, quo reditum sibi paraverit, dolo an vi, clam palam, non attenditur, *dolus an virtus, quis in hoste requirat*, ait apud Maronem Riphæus, *justissimus unus, qui fuit in Teucris.* Idem est, si ultro ab hoste sit dimissus, modo animum habeat partes suorum sequendi, *l. 26. d. t.* Proinde qui fide redeundi ad hostem data, domum venerunt, his necdum postliminii facultas datur, quemadmodum de Regulo, qui Carthagine Romam dejurio ad reditum obstrictus concesserat, respondetur in *l. 5. §. 2. eod. tit.* Reversus ad suos dicitur, quia intra suorum præsidia perductus est, & civis

vis manet, ut fuerat, antequam in hostium præsidia perduceretur, *l. 5. §. 1.* Si autem non simpliciter in sua cujusque Patria sunt, verum productus est usus postliminii ad reditum in gentem amicam sociamque belli & earundem partium, *d. l. 5 §. 1. & l. 19. § 3. eod. tit.* Denique, *eodem bello* oportet esse reversos, ut postliminium valeat: Nam pace facta, captivi aut res captæ non aliter postliminio gaudent, quam si reditus bello captorum, aut restitutio rerum adeptarum conditionibus sit comprehensa, quomodo accipienda videtur *l. 12. in pr. eod. tit.* Ratio non est obscura, siquidem ea, quæ capta sunt, belli jure semel facta capientium, pace composita penes eos consolidantur, & sic plene iisdem acquisita, deinceps eorum dominio subduci nequeunt; quæ ratio, alia pleniori ratione explicatur a Grotio *d. lib. 3. c. 9 §. 4.*

6. Effectus postliminii hic est, quod Reversus *omne suum jus tam ad personam, quam ad patrimonium pertinens, recuperet.* Hinc duplex postliminium, personarum, vel rerum datur, sive, ut aut ipsi revertamur, aut aliquid recipiamus, *l. 14. pr. h.* Prima species, abolita inter Christianos servitute, vix ullum habet usum hodie: Verum altera quo minus etiamnum valere queat, nulla causa esse videtur; quin obtinet indubitato: Sic tamen, ut quod in definitione postremum est, *Perinde ac si captus non fuisset.* quorum vi verborum ea quoque sibi vindicat Redux, quæ si in urbe mansisset, per se aut per alium acquisivisset; id, inquam juris Civilis potius, quam juris Gentium esse videatur. Nam ejusmodi operatio, quæ retro fit, cum naturaliter ea, quæ facta sunt, infecta fieri nequeant, absque fictione juris Civilis non potest intelligi. Unde notissima fictio postliminii, qua is, qui ab hoste rediit, quasi semper in urbe mansisse, nec unquam fuisse captus ponitur, *§. 5. Inst. Quib. mod. p. pot. solv. l. pen. de Suis & legit. hered.*

7. Jam quod ad res, quarum statuitur postliminium, attinet, primum & præcipue in hac causa, sunt res immobiles, Quæ expulsis hostibus non publicantur, neque prædæ cedunt, verum ad priores dominos redeunt, ut docet Pomponius in *l. si captivus. 20. §. 1. d. tit.* Idem de omni jure, quod solo adhæret, imo & de usufructu, & de jurisdictionibus hereditariis statuendum esse, recte monet Grotius *d. cap. 9. §. 13.* Denique, cessat postliminium, in Rebus mobilibus bello captis, quoniam illæ in præda sunt, manentque eorum, quicunque eas recuperaverint, aut per commercium justoque titulo comparaverint, quomodo accipiendus Labeo in *l. 18. d. tit.* At veteres excipiebant res quæ in bello usum habere poterant, *l. 2. eod. tit.* a quibus tamen iterum arma excepta volebant, quoniam hæc sine flagitio in bello non amittebantur, *d. l. 2. §. ult.* Sed moribus hodiernis satis constat, de rebus mobilibus nullum dari postliminium, nec eas reverti ad Dominos priores, quod & utile observatu, propter infinita litigia, quæ ex ejusmodi vindicationibus orirentur. Neque tantum agri & domus, sed & *cætera, quæ in urbe sunt, postea quam postliminio rediit, pro eo habentur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*, ait Papinianus in *l. In bello. 12. §. cætera. 6. eod. tit.* Hinc Patria potestas ex iis est, quæ indubitato jure postliminii restituuntur, *§. si ab hostibus. 5. Instit. Quib. mod. jus patr. potest. solv.*

8. Pater igitur filium postliminio recipit; *Non ita maritus uxorem*, ait Pomponius in *l. 14. §. 1. h.* Nam patria potestas captivitate non finitur, verum suspensa tantisper, donec de reditu vel morte patris constet, sustinetur: At vero matrimonium captivitate solvitur, *l. 1. D. de Divortiis.* usque adeo ut captivi uxor, tametsi maxime velit & in domo ejus sit, non tamen in matrimonio sit, ut scribit Tryphoninus in *l. in bello. 12. §. sed captivi. tit. prædicto.* Ratio differentiæ inter matrimonium patriamque potestatem, colligi potest ex eo, quod subjicit Pomponius ultimis *d. l. 14.* verbis; *Sed consensu*, ait, *redintegratur matrimonium.* Scilicet, matrimonium apud Romanos erat societas quædam in exercitio cohabitandi consistens, quæ voluntate contrahentium, ut contrahi, sic poterat dissolvi, etiam bona cum gratia, *l. 2. l. 7. & l. 9. de Divortiis, & l. 62. de Donation. int. vir. & uxor.* Quare & *individua* societas nobis dici videntur nuptiæ, non ratione temporis perpetui, sed respectu arctissimæ necessitudinis, quæ est inter virum & uxorem, quamdiu consistit matrimonium; quemadmodum socios vocamus *individuos*, non qui perpetui, sed qui arctissime sunt conjuncti. Verum patriæ potestatis vinculum naturale est, quod facto superveniente non æque aboletur. Cum igitur conjugium esset ejusmodi status, qui in conjunctione corporum & animorum consistebat, JCti nuptias omnesque societates retulerunt inter res facti, quibus postliminium applicari non posse, docet idem Tryphoninus in *d. l. 12. §. facti. 2.* Proinde, si quis domum ab hoste reversus, memor esset antiqui amoris, & uxor eosdem igniculos

sentiret,

sentiret, novo consensu matrimonium redintegrare debebant, ut tradit hic noster Pomponius, & Paulus in *l. 8. eod tit. Non ut a patre filius*, ait hic, *ita uxor a marito recuperari potest, sed tunc, cum & voluerit mulier & adhuc alii nupta non est*. Cæterum, postquam Justinianus vetuit matrimonium captivitate dissolvi, mulieremque alii nubere, donec de morte viri constet, aut tametsi non constet, tamen expectare quinquennium, *Nov. 22. c. 2. & Auth. hodie C. de Repud.* ex eo tempore ne quidem indiget vir postliminio, siquidem nulla conjugii interruptio facta fuisse intelligitur.

9. Interim in iis, quæ formam rationemque similis societatis adhuc obtinent, ratio *dictæ l. 14.* irrefragabili consequentia valebit. Idemque de honoribus & Magistratuum functionibus, quæ minime tantam habent necessitatem, quantam matrimonium, ex hypothesi moris Romani veteris existimandum; quoniam illæ a mandato summæ potestatis pendent, quod manifesto deficit, cum loca, quibus præsunt Magistratus, in hostium potestatem rediguntur; neque jurisdictiones aut imperia, nisi novo Principis mandato, reviviscere possunt. Cujus rei experientiam in partibus nostræ Reipubl. recuperatis, ante aliquot annos vidimus. Postquam enim tres provinciæ a Gallis eorumque sociis occupatæ, ab Ordinibus reliquarum provinciarum bello sine novis conditionibus erant recuperatæ, plerique, qui Magistratus & honores in illis gesserant, a Duce patriæ, mandato Ordinum Gererano, quod supponimus in forma debita, remoti novatique sunt. Quod summo jure licuisse, non potest negari; an æquum, rationi temporum, ingenio Belgici regiminis & vetustati fœderis sanctissimi conveniens fuerit, alia sit quæstio: Postliminii jus sane Rectoribus & magistratibus illis, ob rationes supra expositas, prodesse non poterat. Idem tum temporis de ordine *προεδρίας*, sive *præsidentiæ*, disceptatum fuit inter Frisiam & Ultrajectinam Respublicas, in consessu Ordinum fœderatorum. Frisii antiquis temporibus præcesserant Ultrajectinos. Sed cum unio Belgicæ fœderatæ Ultrajecti conderetur, Frisii serius se adjunxerunt, Ideoque Trajectini legatis nostris nimis etiam verecundis, deinceps prævaluerunt. Abscisis deinde Trajectinis a consessu fœderatorum Gallico bello, & postea reductis, Frisiis locum priorem retinere volebant, Trajectini locum prius ab se infessum repetebant, quasi jure postliminii; quod heic nullo modo usu veniebat; cum, quod se dediderant, quo casu non esse postliminium, intelleximus, tum quod ejusmodi jus *proedrias*, seu *præsidentiæ*, sua natura longe minus postliminium recipiat, quam honores & magistratus, in quibus illorum Proceres, postliminio gaudere non potuerant.

10. Equidem inter populos integros non minus utendum esse jure postliminii, quam inter privatos, haud gravate concesserim Grotio affirmanti, *d. lib. 3. cap. 9. §. 8. & 12.* Proinde si ex pluribus fœderatis gens aliqua vi hostili subacta, & dein a sociis recuperata sit, ratio æquitatis & juris Gentium vult, uti libertas & dominia rerum suarum illis restituantur, quod firmatur e legibus Romanis supra allegatis, quibus jus postliminii datur & his, qui ad gentes socias & amicas pervenerunt. Proinde si libertas & jus imperii talium populorum imminutum sit, de illo forte secus judicandum, quam de certarum functionibus personarum & de jure, an facto *προεδρίας*, sana ratione sustinere posset, nempe ubi per vim capti sunt populi. Verum quod tales civitates, quæ pactionibus se dediderunt, ut nuper in nostra patria, in pristinam societatem, restituta illis antiqua libertate, receptæ sunt, hoc palam est, non postliminio, sed eo contigisse; quod reliqui socii multum præstare putarent, amicos habere volentes, quam imperare invitis & dolentibus; quodque intelligerent, liberalitate potius quam rigore adversus eos utendum, quibus parata semper excusatio videretur, quod non tam timidiores ceteris, quam infeliciores fuissent; nihilque temere illis imputandum esset, quam quod illa communis omnium consternatio, quo propiores erant periculo, tanto apud ipsos celerior & vehementior fuerit. Denique, eam fuisse omnium, qui res fœderatorum communes antea procuraverant, culpam, quod adeo flagitiosa imparatis contra vim promptissimi validissimique Regis necesse fuerit accipere plagam.

11. Nempe alioquin, etsi verum jus postliminii, libertatem & jus imperii domesticum populis bello captis restituat, tamen ipsa fœderis societas jure postliminii nullo modo restituitur, ut valide evincitur ex *d. l. cum duæ. 14. §. 1. h. t.* Ex qua discimus, matrimonium jure postliminii non recuperari, *sed novo consensu esse redintegrandum*. Atqui nulla dari potest, quam hæc, artior societas, quæ individuum omnis vitæ consortium, divini & humani juris communicationem exhibet,

l. 1. de ritu nupt. Multo minus societates aliæ, quarum jus est multo fragilius, clade belli & captivitate unius ex sociis dissolutæ, postliminio recuperantur, verum novo sociorum consensu redintegrari possunt, aut si negligantur, manent veluti sunt, dissolutæ. Jam quo jure privati inter sese utuntur, idem fere civitates gentesque liberæ, aut earum Principes usurpant, nec quicquam profertur, quare diversum in societate fœderibusque populorum sit statuendum. Maxime, si qui per pactionem, imperio hostis accepto, a fœdere discesserint. Prorsus enim τῶν ἀδυνάτων esse videtur, ut societas aliter eo casu quam novo consensu redintegretur. Quod si de toto jure fœderis verum, de particula ejus accessoria, qualis illa προεδρία, longe verissimum sit oportet, nullum in ea postliminii usum existere posse.

12. Ultrajectenses tamen honorem προεδρίας, recuperarunt, non jure postliminii, quod nec toti Reipubl. neque Rectoribus & magistratibus eorum attributum est, sed *laudo compromissario* per speciem æquitatis, quæ hac parte duntaxat pro illis valuit. Quanquam vere æstimantibus hæc ratio Frisiis favere videbatur. Nam ordo & dignatio loci inter populos, ex tribus potissimum rebus distinguitur; Ex potentia, ex titulo dignitatis, & ex usu longo. Rem Frisiorum & olim & hodie, multo esse atque fuisse validiorem re Ultrajectina, publice constat. Titulos dignitatis quondam Frisiis multo fuisse ampliores, ad regium usque fastigium, incorrupta historiæ monumenta testantur; hodie par quidem utrique ratio videtur, sed in eo Frisia præstat, quod multo ipsi antiquior est αὐτονομίας character: Ultrajectinos enim satis constat, anno demum XXVIII. superioris seculi Episcopali ditioni fuisse subductos, & Carolo Cæsari V. Dominii titulo esse mancipatos. Frisiorum acerrima libertate nihil ab omni ævo notius & memorabilius fuit. Usus longi temporis sub Carolo & Philippo, illis secundum potentiæ & vetustatis discrimen, dedit prærogativam. Contrarius usus quo pacto inoleverit, diximus modo. Cui hoc addimus, e textu fœderis magni liquere, primitus integram Frisiæ provinciam non fuisse adscriptam societati, quam multi velut in fraudem fœderis Gandensis repertam abhorrebant, ut Winsemius noster memorat. Unde languor in vindicanda προεδρία, de qua hæc pauca nobis exciderunt, Academicæ more disceptationis. Plura de jure postliminii *dix. in part. 2. Digress. lib. 1. c. 19. n. 5.*

Tertia pars Rubricæ, promittit agere de redemptis ab hoste, de quibus sunt hæ positiones; Pretio ab hostibus redempti, si quidem antea fuerint liberi, & jus postliminii habent, *l. 17. eod.*

Pignori tamen redemptori pro λύτρῳ, donec solvant, obligantur, *l. 17. eod.*

Si solvere nequeant, per quinquennium ei operas præstare coguntur, *l. fin. C. eod.*

Pretium tacite remissum videtur, contracto inter redemptorem & redemptam matrimonio, *l. 15. in pr. ff. l. 2. C. hic.* ut &, si redemptus sibi ipsi legetur, *l. 43. §. ult. de legat. 1.* Hoc jus pignorum & operarum hodie cessat.

TIT. XVI.
De re Militari.

QUam late pateat hujus Rubricæ expletio, ingentia de Militia & de re militari scripta declarant: quæ heic loci contracta ob oculos ponere, non est instituti nostri. Maxima pars ad juris publici disciplinam pertinet, etiam publica militandi necessitas, quæ utcunque longe major olim fuerit, non tamen penitus sub imperatoribus exolevit, etsi ab his numeri voluntario milite soliti sint impleri, *l. 3. §. 10. 11. & 12.* ubi pœna in eos, qui liberos subtrahunt aut debilitant, militiæ evitandæ causa. Ad jus privatum spectant eorum privilegia, & delicta. De privilegiis sparsim habuimus. Unum habent insigne circa rem testamentariam, de quo est *Tit. De Milit. testam.* Aliud, quod non tenentur ultra, quam facere possunt, *l. 11. de Re Jud.* Quod non torquentur, *l. 3. §. 1. in fin. h.* Quod juris ignorantia in illis excusatur, *l. 9. De Jur. & fact. ign.* Quod nonnisi apud suos Magistros conveniri possunt, exceptis communibus delictis, qua de re *ad tit. de Judiciis & For. comp.* pridem absolutum est.

Scilicet delicta militum sunt vel communia, vel propria. Communia, ut cædes, adulteria, furta, blasphemiæ, & cætera. Propria, velut desertio, emansio, stationis derelictio, excubationis intermissio, transfugium, armorum amissio, aut alienatio, subreptio, excessus ab agmine, seditio, inobedientia, valli transcensio, fossæ transilitio,

litio, de quibus in *l. 3. h.* segnities, contumacia, fugæ initium, proditio, vulneratio commilitonum, vel sui ipsius, *l. 9.* De his aliisque sic est jurisdictio, ut pœnæ pro gravitate circumstantiarum varient, neque desertio semper capite puniatur, *l. 5. pr. h.* nec armorum amissio vel alienatio, *l. 3. §. 13.* Verum seditio atrox, desertio stationis palatinæ, transcensio valli castrensis, capite simpliciter puniuntur, *d. l. 3. §. 17. & 19. & l. 10. pr. h. t.* Cætera fere levius, qua in re Articuli militares nostri temporis, longe severiores sunt. In summa vero, Castrensis disciplina forensi durior est, ob majorem in effero genere vitæ peccandi frequentiam, & in Reip. exitium alioquin erupturam.

At hunc Titulum pertinet Locus de *Prætorio*; de quo diximus *ad tit. de Off. Præf. Prat.* Sudat fere a biennio sub prælo opus Animadversionum in nostram hac de re sententiam; de quibus non dubitavimus, fore, ut antequam ad *hunc tit.* scriberemus, in publico versaretur; & si quid novi prolatum fuisset, hunc locum illis occupandis destinaveramus. Sed ut nunc res est, cum desiderio transigendum nostro tantisper esse videtur.

Tit. XVII.

De Castrensi Peculio.

QVid sibi velit hæc rubr. satis est notum ex *tit. I. Per quas person. cuiq. acquir.* Unum hic speciale traditur in *l. 2.* quod olim successio ab intestato in castrensi peculio nulla fuerit. Hodie secus obtinere, notum est ex *N. 118.*

Tit. XVIII.

De Veteranis.

VEterani sunt, qui legitima viginti annorum stipendia confecerunt, *l. ult. C. de his, qui non impl. stipend. sacr. solv.* aut qui honestam, vel causariam dimissionem impetraverunt, *l. 2. hic.* Privilegia veteranorum sunt, quod nec fustibus cædi, nec bestiis objici, nec in metallum, aut opus metalli, aliudve opus publicum dari possunt *l. 1. & l. 3. h.* Immunes quoque sunt a navium fabrica, *l. 5. pr.* sed a patrimonialibus non excusantur, *l. 2. §. 1.* Hæc autem de veteranis absolute ita dictis, hoc est penitus e militia dimissis, & in pagis, aut municipiis habitantibus, *l. 2. & ult. §. f. h.* non de veteranis, qui adhuc sub vexillis agebant, a legionariis quidem separati ac onerum immunes, sed tamen adhuc milites, ideoque sacramento nondum soluti, *d. l. 2. in pr.* De hac veteranorum differentia, diximus ad *tit. Inst. de Testam. milit. n. 4.* Moribus hodiernis, collapsa vetere militari disciplina, veteranorum privilegia commodaque ignorantur.

LIB. L.

Tit. I.

Ad Municipalem, & de Incolis.

MUnicipes, *(a muneribus capiendis,)* sunt cives urbium, Romano imperio subditarum sed suis legibus & magistratibus utentium, quæ municipia dicuntur, *l. 1. §. 1.* Fit autem municeps tribus ex causis, origine, manumissione, adoptione, *l. 1. pr.* Originem facit nativitas parentum, aut saltem ubi municipes fuere parentes, vel uterque, vel saltem pater, nisi materna origo aliquid habeat privilegii, *l. 1. §. 2. & l. 6. §. ult.* Incola est, qui aliunde ortus domicilium in illa civitate collocavit, *l. 239. §. 2. de V. S.* etiam qui in agro sedem posuit, *d. §. 2.* secus si prædium ibi duntaxat habeat, *l. 35.*

2. Cogitur autem incola ferre munera, & pati forum, tam in loco originis quam incolatus, *l. 29. h.* sed incolatui potest renunciari, nisi jam ad munus sit vocatus, *l. 34. ff. & l. 1. C. de Incol.* Denique forum patiuntur & peregrini, etiam non incolæ, *l. 7. §. 10. inf. de interd. & releg.* Studiosus quoque si decennium uno loco habitet, incola fit, per *l. 2. de Incol.* quod intelligendum, si Aca-

si Academia non habeat proprium forum. Mulier sequitur domicilium & forum Viri, *l. ult. h.* de quibus rebus copiose actum est ad *tit. de Jud. n. 45. 46. 47.*

3. Moribus hodiernis, hæc res aliter se habet, & hoc jure utimur, ut civis dicatur, omnis homo liber, qui juris fruendi vitæque feliciter agendæ gratia, cum aliis sub eadem summa potestate sociatus est. Ergo & incola, qui aliunde ortus sedem fortunarum in aliqua civitate collocavit, & civis & municeps est, nec loco originis amplius est subjectus, si inde plane recessit. Hoc saltem interesse videtur, municipem respectu certæ urbis, civem ratione totius Reipubl. dici, quanquam more loquendi sic obtinet, ut agricolæ cives non appellentur, quales tamen sunt æque ac urbani, ratione totius Reipubl. Dixi plenius hac de re *lib. 2. de jur. Civit. cap. 4.*

TIT. II.

De Decurionibus & filiis eorum.

TIT. III.

De Albo scribendo.

DEcuriones in municipiis sunt idem quod Romanæ Senatores, in quorum ordinem honestiores eligendi, quare & spurii postponuntur competitoribus, legitime natis, *l. 3. §. 2. & l. 6. pr.* ex decurionibus fiunt duumviri, *l. 7. h.* qui sunt Magistratus municipales, *l. 25. & sequ. h.* Privilegia Decurionum sunt, quod non torquentur, *l. 14.* & ad inopiam redacti aluntur, *l. 8.* Sed onera Curialium, sive decurionum, multo plura & majora fuere, de quibus consule sis Brisson. 4. *Select. ant. c. 13.* ut ob pecuniam municipum, qui Curiales fieri vellent, præmiis alliciendi & pœnalibus Decretis cogendi fuerint, qui se Curiis adjungerent, ut diximus ad *§. ult. Inst. de Nupt.* Brisson. *ibid.* Plebeji, hoc est admodum viles, non fiunt Decuriones; quales tamen non sunt, qui utensilia negotiantur, *l. 12.* In nostris civitatibus Decuriones sunt idem quod Senatus urbium, Duum-Viri, quod *civium magistri*; Sed honor est major, onera nulla ex instituto Reipubl. *Porro*, in albo, id est catalogo Decurionum, primo recensentur, qui maximis honoribus, præsertim judicio principis sunt functi, *l. 2.* reliqui secundum ordinem ætatis, juxta quem sententiæ etiam rogantur, *l. 1.*

TIT. IV.

De Muneribus & Honoribus.

MUnus est administratio Reip. sine dignitate. Honor, cum dignitate, *l. 41. pr. & §. 1.* Est autem munus vel patrimoniale, quod rebus imponitur & sumptus requirit, vel personale, quod animi provisione & corporalis laboris intentione perpetratur, vel mixtum, quod de utroque participat, *l. 18. pr. & §. 17. & seq.* ubi & exempla. quæ hodie longe aliter in nostris civitatibus se habent. Difficulter etiam, ut sæpe vidimus, obtinetur, quod in *l. 8.* scriptum est, in quibus casibus certa ætas honoribus est præscripta, illis annum inchoatum pro impleto haberi, quod est juris positivi Romani: In his autem, quæ ad ordinem Reipubl. pertinent, discrepare mores illorum etiam populorum, quibus alioqui solenne est jus civile sequi, satis constat.

TIT. V.

De Vacatione & Excusatione munerum.

TIT. VI.

De jure Immunitatis.

VAcatio est, Status ejus, qui nullo munere fungitur, aut fungi cogitur, Brisson. *de V. S. verb. Vacatio.* Posteriore sensu notat exemptionem; Eaque duplex est, Excusatio & Immunitas. Excusatio

cusatio datur ob causas lege proditas, ex beneficio personali. A personalibus muneribus excusat ætas, numerus liberorum, adversa valetudo, *l. 2. §. 1. & 7.* sed a patrimonialibus non datur excusatio, *l.10. & l.11.* nisi forte 16. libb. *l. 5. §. 2. de jur. immun.* quæ tamen expresse de patrimonialibus non loquitur: & intelligi potest, quod numerus 5. libb. a præcipuis quidem, non vero ab omnibus muneribus excuset, sed quod 16. liberi ab omnibus absolute excusent.

Excusatio ab initio proponenda est, simul ac munus injungitur, *l. pen. §. ult. hic.* & quidem per appellationem; nominatione atque electione facta & insinuata, *l. 1. hic. l. 2. C. de Decur. lib. 10. l. 4. C. de appell.*

Causæ excusationum recensentur, *primo* quæ liberant a muneribus personalibus & ab honoribus; ut si quis minor sit 25. annis, *l. 2. pr. hic.* si appellationis causa peregrinetur, *l. 8. §. fin. eod.* si sit negotiator frumentarius, *l. 9. §. 1. eod.* si defensionem Reipublicæ susceperit, *l. 10. §. fin. eod.* si sit veteranus, *l. 7. eod. l. 2. de Veteran.*

Dein sunt quæ a muneribus personalibus, non ab honoribus excusant; ut si quis major sit 70. annorum, *l. 2. §. 1. hic*, si quinque liberos habeat, *l. 8. eod.*

Immunes sunt, qui a Principe muneribus sunt exempti, quod est personale beneficium, nisi expressa heredum mentio sit facta, *l. 1. §. 1.* quo casu descendentes sexus muliebris non intelliguntur, *l. 1. §. ult.*

Collegiis tributæ immunitates, perpetuæ sunt, *l. pen. hic. l. 7. §. fin. Quod cujusque univ.*

Verum hæ non ad singulos pertinent, sed tantum ad artifices, qui operam publicis utilitatibus necessariam exhibent, *l. pen. §. pen. hic.*

TIT. VII.

De Legationibus.

Legati sunt, qui cum mandatis lecti ad principem, vel populum, negotii publici causa mittuntur, Varr. *lib. 4. de LL.* Proprie qui habent summam potestatem, soli legatos mittere possunt, sed heic municipales nuncii hoc nomine gaudent, habentque & dum absunt, & biennio post, excusationem, *l. 7. & l. 8.* De sanctitate legatorum vid. *l. ult.* Idque de legatis ab eo, qui summam habet potestatem, missis, intelligendum, ut indicat textus.

Legati esse non possunt, debitores Reipublicæ, infames, qui jus postulandi non habent, *l. 4. hic.* nec plures quam tres; nisi aliud legationis dignitas exigat, *d. l. 4. in fin.*

Quamdiu Romæ legatione funguntur, nulla propria actione conveniri possunt, *l. 3. l. 8. & l. 11. hic.* nisi ex delicto inibi admisso, *l. 10. eod. l. 24. §. 1. de Judic.*

Si Romæ conveniantur, vel in comitatu Principis, etiam si ibi contraxerint ante legationem, vel extra provinciam suam, jus habent revocandi domum, *l. 2. §. 3. & l. 8. de judic.* Huc non pertinet libera Legatio, quæ debetur Senatoribus, aut magistratibus, ut ipsis suo commodo, nulla Reip. causa abesse liceat, de qua passim apud Veteres, *l. 14. h. t.* Quæ plura de Legatis, amplissima dicendi materia, Lector expectare posset, ex Grotio *lib. 2. de J. B. & P. cap. 18.* aliisque juris publici Scriptoribus petenda sunt, meliorque dabitur alias, si Deus volet, occasio.

TIT. VIII.

De Administratione rerum ad civitates pertinentium.

Ut in aliis rebus universitates eodem jure, quo privati, utuntur, ita & administratores tenentur, quemadmodum administratores privati. Hinc debitoribus per gratiam non possunt tribuere dilationem, *l. 3. §. 4. ff. Quod vi aut clam.* ex necessitate possunt, *l. 2. §. 3.* præstant latam & levem culpam, *l. 6. h. t.* ob dolum tenentur in duplum, *l. ult. §. 4. h.* Singuli etiam in solidum tenentur, *l. 3. pr. & l. ult. §. 8. h.* sed non ultra tempus administrationis suæ, *l. 3. §. 1. h.* qua in parte sitne discrimen inter Administratorem rerum privatarum, & publicarum, disputavimus *ad tit. De Exercit. act. n. 2. & sequ.* Plane de facto suo tenetur, etiam postea, non ipse tantum, sed & heres ejus. Quod si rationes subscriptæ & expunctæ sint, ipse administratione functus, post 20. annos, heres ejus post decennium non tenetur, *l. 13. §. 1. de divers. & temp. præscr.* Si vero gratiose expunctæ dicantur, non retractabuntur, *l. 8. §. 1. h.* Quod si error in calculo sit commissus, hujus demon-

monstratio, & emendatio, nec non præstatio, nullius temporis præscriptione tollitur, *d. l. 8. in pr.* Sic illa recte conciliantur, ut quidem videtur.

TIT. IX.

De Decretis ab ordine faciendis.

DEcreta ordinis Decurionum ut valeant, oportet ex tribus eorum partibus adesse duas, *l. 4. h.* item ne ambitiosa sint, hoc est, gratiæ causa captandæ, *l. 4. h.* Ita facta non rescinduntur, nisi publica utilitate flagitante, vel per appellationem ad Præsidem, *l. 1. §. 3. ff. Quand. app.* si nempe res sit appellationis capax, ut est ibi nominatio ad honores munusve publicum. Notandus autem usus ambitiosi decreti: Species ejus dicitur, *si debitorem dimiserint*, sive aliquid largiti sint, *l. 4. in pr.* nempe ut homines sibi conciliarent, quorum favore deinceps in aliis uterentur: Ita *ambitiose* aliquid agere, apud Ciceronem, quandoque submisse & humiliter agere, quando Candidati ambiendo, gratiam multitudinis captare cogebantur. Sic ambitiose judicare, id est ex favore personæ, *l. 65. §. 2. ad Sc. Trebell.*

TIT. X.

De Operis publicis.

REspubl. operibus suis præficit curatores, vulgo hodie *Commissarios*, qui locant ea redemptoribus, quibuscum ipsis est negotium, *l. 2. §. 1. h.* qui etiam per substitutos opus facere possunt, quatenus nihil interest Reip. *l. 48. Locat.* junct. *l. 31. de Solut.*

Tenentur de levi culpa, *l. 9. §. 5. Loc.* sed & de periculo, si obtulerint se, *l. 25. §. 7. eod.* & *l. 1. §. 35. Depos.* Ex pluribus tamen singuli tantum pro partibus, *l. 11. §. 1. de duob. reis.*

Quæstioni de vitio operis, & culpa redemptoris, 15. annis præscribitur, *l. 8. C. h. t.*

Si merces non solvatur, quæritur an exhibitionem operis facti negare possit conductor, & jure retentionis uti: De privatis certum est, posse. Verum ratio differentiæ est, quia privati foro cedere possunt, respublica non potest, *l. 2. pr. ad l. Rhod.* & *l. 18. §. ult. Comm. div.*

TIT. XI.

De Nundinis.

JUs nundinarum, hoc est, habendi mercatum cum universali confluxu, a solo Principe conceditur, non utendo per decennium quoque amittitur, * *l. 1. h.*

Privilegium nundinarum est, ** quod repressaliis & detentionibus ob debita privata locus in illis non sit, nisi partes hoc expresserint, *l. un. C. h. t.* Præscriptione Decennali jus Nundinarum a Principe concessum amitti, docet *d. l. 1. h. t.* A Magistratibus igitur concedi non potest, cum ejusmodi exemptione. Quæ res an apud nos usque quaque servetur, dubito. Sæpe, ni fallor, jus Nundinarum a Magistratibus petitur, & permittitur. De Jure tamen, non possunt tales Nundinæ habere solita, quæ diximus, privilegia. Proinde hi quorum interest, se Nundinis a Magistratibus, sine privilegio Ordinum concessis, opponere possunt, ac ita consultus respondi *12. Mart. 1690.* Tulden. *ad tit. C. de Nund.* Credo sic etiam in contradictorio servatum iri, quanquam talia juris publici instituta, paulo incuriosius apud nos haberi videntur.

TIT. XII.

De Pollicitationibus.

POllicitatio est promissio, facta reipublicæ sine acceptatione, *l. 3. pr. h.* adeoque differt a pacto, primo, quod hoc inter privatos fit; secundo, quod hoc nisi acceptatum non valet, *l. 1. §. 2. de*

* Jure Saxonico demum lapsu 31. Annor. 6. Sept. & 3. Dier. secundum Carpz. *P. 2. C. 3. def. 23. n. 1.* Richt. *dec. 86. n. 2.* Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex. 50. th 36.*

** In eo potissimum consistit nundinarum privilegium, quod iis durantibus, ob debitum privarum, nemo conveniri potest. *P. 1. C. El. 30. §. f.* quod ex observantia Juris Sax. quoque obtinet, etiamsi debitum in ipsis nundinis contractum, Carpz. *ad d. C. def. 26.* Moller. *16. n. 8.* aut debitor sit de fuga suspectus, Carpz. *l. c. def. 25.* in quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lips. Mens. Febr. An. 1701.*

Pact.

Pact. tertio, quod pactum inter absentes & per epistolam recte fiat, secus ac pollicitatio, *l. 5. h.* Denique pactum statim parit exceptionem; pollicitatio non obligat valide, etsi certæ causæ respectu fiat, veluti ob honorem, *l. 1. §. 1.* quanquam si jam opus inchoaverit, tenetur ad perficiendum, *l. 1. §. 2. & 3. h.*

Votum est promissio facta Deo, de re licita, & intentione animi pia, quo filiif. non obligantur, *l. 2. §. 1. h. Num. 30. v. 3. 4. & 5.*

Effectus est, ut is, qui vovit, extra ordinem compellatur implere votum; sed res, quam promisit, non voto, sed traditione demum, sacra constituitur, *d. l. 2. pr.*

Tit. XIII.

De Extraordinariis Cognitionibus, & si judex litem suam fecerit.

I. Quid extraordinariæ cognitiones. II. De quibus rebus fiant. III. De Juris Professoribus. IV. De Advocatorum salariis.

Extraordinariæ cognitiones duplici noscuntur modo & sensu. Primo ratione judicis, quod ordinario jure per judicem pedaneum fiebant; quorum datione sublata per *l. 2. C. de judic. pedan.* exinde cuncta judicia facta sunt extraordinaria, *§. ult. Inst. de Interdict.* vel potius, abolitis extraordinariis, omnia facta sunt ordinaria, quatenus ipsi Magistratus cognoscere debent: Quæ res olim per excellentiam *cognitiones* dicebantur, ut apud Suetonium; Reus qui majorem judicem metuebat, *rem ordinarii juris, non cognitionis* esse, clamabat. *Claud. c. 15.* Hoc sensu *cognitio extraordinaria* est in hac Rubrica, eoque sensu nunc est *ordinaria* cognitio: Tametsi res ipsa eodem jure censeatur; Plane est adhuc superstes altero sensu extraordinaria cognitio, in negotiis, de quibus summatim judicatur, ut alias demonstratum *ad tit. de Judic. num. 33. tom. præc. pag. 718.*

2. Species causarum, de quibus extra ordinem cognoscitur, in quatuor genera deciduntur a Callistrato in *l. 5. pr. h. t.* de honoribus & muneribus, de re pecuniaria, de existimatione, vel de capitali crimine, *l. 5. in pr. h. t.* sed de omnibus alibi actum, exceptis mercedibus & salariis, de quibus heic inprimis agitur. Intelliguntur autem mercedes, quæ debentur Præceptoribus liberalium studiorum, *l. 1. pr.* non artium mechanicarum, *d. l. 1. §. 7.* Liberales habentur, Rhetores, Grammatici, Geometræ, tam Ludimagistri quam Professores, *d. l. 1. pr. & §. 6.* Philosophis jus non dicitur, quia mercenariam spernere se profitentur operam & pecuniam, *d. l. 1. §. 4.* eujus retinendæ cupiditatem præ se ferentes, fictam adseverationem detegunt, *l. 8. §. 4. de Vacat.* Medici in alia conditione sunt; hi extra ordinem audiuntur, & continentur sub illis non modo Chirurgi & Pharmacopœi, sed etiam auricularii, fistularii, & dentium medici, denique obstetrices, non tamen incantatores; nec enim sunt medici; *tamet si sint*, ait Ulpianus, *qui hoc sibi profuisse, cum prædicatione adfirment d. l. 1. §. 3. in f.*

3. Juris Civilis Professoribus honorarium petentibus, jus non dicitur. Etsi enim res sanctissima sit civilis sapientia, nummario tamen pretio dehonestanda non est; hactenus, ut judicio petatur, etsi honeste accipiatur, ait Ulpianus. Insinuat juris Professoribus, *ut curent, in ingressu sacramenti honorem sibi offerri. d. l. 1. §. 5.* Atqui hoc difficilius hodie quidem adsequuntur, & inverecundius habetur. Nihil est potius, quam Protagoræ institutum sequi & expectare ab his; qui bene profecerunt; eos, qui parum aut nihil didicerint, sibi relinquere, ut Aristot. scribit *9. ad Nicom. c. 1.* Hinc est, quod ab iis, qui honoraria bene solverunt, multoque se plus quam pro modo pecuniæ percepisse meminerunt, Juris Professores omni honore deinceps adficiuntur: Qui non solverunt, pro gratitudine odium reddunt, magis quod visu illorum inscitiam sibi quam fidei defectum exprobrari autumant. Dignitas Artis hodie quidem non minor est, quam olim; At hominum temporumque ratio bene diversa. Denique, nec hodie Professores judicio de honorariis suis agere decet; quominus agentes audiantur, causa nulla esse videtur.

4. Secus est de honorariis Advocatorum, quibus pro modo litis, proque Advocati facundia, & fori consuetudine, salarium adjudicandum est, non tamen ultra centum aureos, qui faciunt ad minimum ducentos ducatones Philippicos, *d. l. 1. §. 10. & 12.* Moribus hodiernis, habent Curiæ plerumque *taxas* judiciales, singulis advocato-

torum ministeriis impositas; * de quibus si quæratur, an Advocatus illas petendo excedere possit, videtur posse, non tam, quod Jurisprudentia sit res inæstimabilis, ut Professor juris in Belgio diu vetustissimus adseverabat; quam quod illæ Taxæ quod minimum est, quo clientes defungi queant in contradictorio, exprimant, non quod pro dignitate meritoque Artis honorario sufficiat. Cæterum, improbas salariorum extorsiones, etiam coercebit Præses, & restitui jubebit, *d. l. 1. §. 12.*

TIT. XIV.

De Proxeneticis.

HÆc etiam species ad extraordinariam Præsidis cognitionem pertinet, *l. 3. h.* Quid autem? Proxenetica sunt remunerationes eorum, qui contrahentibus operam in negotiis conciliandis præstant, scilicet pro modo negotii, *l. 3. h.* De negligentia sua non tenentur proxenetæ, sed de dolo tantum, *l. 2. h. t.* quia neque mandati, neque locati tenentur proxenetæ, *l. 2.* ubi salarium illorum vocatur, ***philanthropium***, vulgo *discretion.*

TIT. XV.

De Censibus.

1. SErvium Tullium divisisse populum in classes & centurias, secundum quas suffragia ferrentur, milites ordinarentur, tributa fierent, notum est: hinc Census fuit ac est, publica civium bonorumque descriptio, estque tam rerum quam personarum, juxta quam præstationes tributariæ exiguntur, *l. 3. pr. & l. 4. pr. & §§. seqq. h. t.*

2. Immunitas concessa personis, neque tertio, neque socio, neque heredi prodest, nisi mentione ejus expresse facta; posteris autem concessa ad feminas non pertinet, *l. 3. §. 1. h. & l. 1. §. ult. de jur. immun.*

3. Quin etsi fundus ea lege sit venditus, ut venditor censum præstet, fiscus tamen convenit emptorem, *l. 2. C. Sin. cens. vel reliqu. lib. Leon. 1. emend. 8.* Imo & emptor de reliquis, hoc est, tributis non solutis, quæ ante venditionem cesserant, adhuc tenetur, *d. l. 2.* quod non modo respectu fisci intelligendum, sed ne actio quidem ex empto de ejusmodi pacto danda videtur, *l. 1. & ult. eod.* Idem est, si convenerit, ut census de fundo in fundum transferatur, *arg. dd. ll.* Hæc ita hodieque servantur. Cæterum, immunitas rebus data, perpetua est, *l. 3. §. 1. h.*

4. Qui censum non bene professus est, crimine fraudati census tenetur, *l. 53. de Jud.* Plures etiam possessores singuli in solidum tenentur, sed unus, qui solidum solvit, petere potest, ut actiones sibi cedantur, *l. 5. pr. h.* Hæc juridica sunt, Plura hujus generis a Politicis petenda, ubi & discrimen Census personalis & realis; etsi omnis vere Census realis. Sed personalem vocant, quo cujusve patrisfamilias patrimonium, non particulatim, sed universum æstimatur. Realem, quando de singulis rebus portio deducitur.

TIT. XVI.

De Verborum significatione.

DE his duobus titulis excerpsimus notabiliores textus, quos legite, fultis, & nucleum titulorum illis inesse credite.

2. Verbum hoc, *si quis*, tam masculos quam feminas complectitur, *l. 1.*

3. Urbis appellatio muris, Romæ autem continentibus ædificiis finitur, *l. 2. pr.*

4. Nominis appellatione rem significari, Proculus ait *l. 4.* Pecuniæ significatio ad ea refertur, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. pr.*

5. Verbum *Ex legibus*, sic accipiendum est; tam ex legum sententia, quam ex verbis, *l. 6. §. 1.*

6. Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur, *l. 13. pr.*

7. Verba *Contraxerunt, gesserunt*, non pertinent ad testandi jus, *l. 20.*

8. Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. 32. §. 1.*

9. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, *l. 85.*

10. Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? *l. 86.*

11. Tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus refici potest, *l. 88.*

12. Hoc sermone, *Dum nupta erit*, primæ nuptiæ significantur, *l. 89. §. 1.*

13. Littus est, quousque maximus fluctus a

* Qualem ordinationem saluberrimam Serenissimus Rex anno 1724. magno litigantium commodo promulgavit.

mari

mari pervenit, idque Marcum Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse, *l. 96. pr.*

14. Speciosas personas accipere debemus, clarissimas personas utriusque sexus, *l. 100.*

15. Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero, perpetuum corporis impedimentum, *l. 101. §. 2.*

16. Derogatur legi, aut abrogatur: derogatur legi, eum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur, *l. 102.*

17. Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest, *l. 108.*

18. Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur, *l. 138.*

19. Hominis appellatione tam fœminam, quam masculum contineri, non dubitatur, *l. 152.*

20. Etiam aureos nummos æs dicimus, *l. 159.*

21. Non est pupillus, qui in utero est, *l. 161.*

22. Natura cavillationis, quam Græci σωρείτην appellaverunt, hæc est, ut ab evidenter veris per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, quæ evidenter falsa sunt, producatur, *l. 177.*

23. Mulier familiæ suæ & caput & finis est, *l. 193. §. 5.*

24. Familiæ appellatione & ipse princeps familiæ continetur, *l. 196. pr.*

25. Æs alienum est, quod nos aliis debemus, æs suum est, quod alii nobis debent, *l. 213. §. 1.*

26. Verbum *Facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi, *l. 218.*

27. Amicos adpellare debemus, non levi notitia conjunctos: sed quibus fuerint jura cum patre familias, honestis familiaritatis quæsita rationibus, *l. 224. §. 1.*

28. Magna negligentia, culpa est, magna culpa, dolus est, *l. 226.*

29. Urbs ab urbo appellata est, urbare est aratro definire, *l. 239. §. 6.*

30. Oppidum ab ope dicitur, quod ejus rei causa mœnia sint constituta, *ibid. §. 7.*

31. Viduam non solum eam, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, appellari ait Labeo: quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vesanus, qui sine corde, aut sanitate esset, similiter viduam dictam esse, sine duitate, *l. 242. §. 3.*

Tit. XVII.

De Regulis Juris.

Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat, non, ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat, *l. 1.*

2. Feminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis, remotæ sunt, *l. 2.*

3. Ejus est nolle, qui potest velle, *l. 4.*

4. Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur, *l. 9.*

5. Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. 10.*

6. Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest, *l. 11.*

7. Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere, *l. 21.*

8. Plus cautionis in re est, quam in persona, *l. 25.*

9. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, *l. 29.*

10. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, *l. 35.*

11. Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti, *l. 36.*

12. Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest, *l. 50.*

13. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. 53.*

14. Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet, *l. 54.*

15. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur, *l. 55.*

16. Semper in dubiis benigniora præferenda sunt, *l. 56.*

17. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, *l. 57.*

18. Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat *l. 58.*

19. Invito beneficium non datur, *l. 69.*

20. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, *l. 74.*

21. Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam, *l. 75.*

22. In toto jure, generi per speciem derogatur, *l. 80.*

23. Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt, *l. 81.*

24. In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda sit, *l. 90.*

25. Non solent, quæ abundant, vitiare scripturas, *l. 94*.

26. Omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt, *l. 95*.

27. Libertas inæstimabilis res est, *l. 106*.

28. In eo, quod plus sit, semper inest & minus, *l. 110*.

29. Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem esse & furandi, & injuriæ faciendæ, *l. 111*.

30. Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l. 112*.

31. Nihil consensui tam contrarium est, quam vis atque metus, *l. 116*.

32. Non capitur, qui jus publicum sequitur, *ib. §. 1*.

33. Prætor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet, *l. 117*.

34. Nemo plus commodi heredi suo relinquit, quam ipse habuit, *l. 120*.

35. Furiosus absentis loco est, *l. 124. §. 1*.

36. Favorabiliores rei potius, quam actores, habentur, *l. 125*.

37. In pari causa possessor potior haberi debet, *l. 128*.

38. Imperitia culpæ adnumeratur, *l. 132*.

39. Nunquam crescit ex postfacto præteriti delicti æstimatio, *l. 137. §. 1*.

40. Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias, *l. 151*.

41. Non omne, quod licet, honestum est, *l. 144*.

42. Nemo videtur fraudare eos, qui sciunt & consentiunt, *l. 145*.

43. Semper specialia generalibus insunt, *l. 147*.

44. Ex qua persona quis lucrum capit, ejus factum præstare debet, *l. 151*.

45. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet, *l. 151*.

46. In maleficio, ratihabitio mandato comparatur, *l. 151. §. 3*.

47. Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere, multo magis quis dixerit, *l. 156. §. 1*.

48. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem, *l. 160. §. 1*.

49. Quæ propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi, *l. 162*.

50. Rapienda occasio est, quæ præbet benignius responsum, *l. 168*.

51. Is damnum dat, qui jubet dare: ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit, *l. 169*.

52. Factum a judice, quod ad officium ejus non pertinet, ratum non est, *l. 170*.

53. Unicuique sua mora nocet, *l. 173. §. 2*.

54. Dolo facit, qui petit, quod redditurus est, *ibid. §. 3*.

55. Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit, *l. 175. §. 1*.

56. Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri: ne occasio sit majoris tumultus faciendi, *l. 176*.

57. Infinita æstimatio est libertatis & necessitudinis, *l. 176. §. 1*.

58. Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus; tamen, ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est, *l. 183*.

59. Vani timoris justa excusatio non est, *l. 184*.

60. Impossibilium nulla obligatio est, *l. 185*.

61. Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi possit, *l. 186*.

62. Quæ rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt, *l. 188. §. 1*.

63. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius, *l. 192. §. 1*.

64. Expressa nocent, non expressa non nocent, *l. 195*.

65. Omnis definitio in jure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit, *l. 202*.

66. Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire, *l. 203*.

67. Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem, *l. 206*.

68. *Ex his regulis quædam positionum Juris, quædam axiomatum usum præbent*, quorum differentiam indicavimus *ad Proœm. Inst. in pr.* Denique, positiones sunt omnes reliquæ præceptiones horum librorum. Plura si vis axiomata ex aliis juris partibus, hæc habeto.

AXIOMATUM JURIS SPECIMEN.

EX INSTITUTIONIBUS.

SÆpe de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines, §. 3. *Ex quib. caus. manum.*

2. Expedit Reipubl. ne quis re sua male utatur, §. *ult. de his, qui sui vel al. jur.*

3. Qui pro Republ. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur, *fin. pr. de Excusat. Tut.*

4. Consequentia nomina rebus esse studendum est, §. 3. *de Donation.*

5. Pessimum exemplo est, humanioribus damnum inferri, sævioribus lucrum accedere, §. *ult. d. tit.*

6. Innumerabiles causæ humanis necessitatibus imminent, §. *pen. de Testam. ordin.* Commodius est singulas causas singulis appellationibus distinguere, §. 5. *Quib. mod. Testam. infirm.*

7. Veritas magis oculata fide, quam per aures hominum infigitur, §. *ult. de grad. cogn.*

E PANDECTIS.

QVæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est, *l. 15. de condit. inst.*

2. Scire Leges, non est verba earum tenere, sed vim & potestatem, *l. 17. de Legib.*

3. Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. 23. eod.*

4. Nulli hominum jus suum detrahendum est, *l. 2. de his, qui sui vel al. jur. sunt.*

5. Vetus proverbium est, *οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων*, *l. 6. §. 2. de off. Proconf.*

6. Non tam spectandum est, quid Romæ factum sit, quam quid fieri debeat, *l. 12. de off. Præf.*

7. Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur, *l. 6. §. 1. eod.*

8. Animi motum vultus detegit, *l. 12. eod.*

9. Non consentiunt qui errant, *l. 15. de Jurisd.*

10. Quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem jure utatur, *l. 1. Quod quisque jur.*

11. Verba cum effectu sunt accipienda, *l. 5. §. 2. Ne quis eum, qui in jus voc.*

12. Quid tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare? *l. 1. in pr. de pactis.*

13. Difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat, *l. 9. de pactis.*

14. Turpia lucra heredibus extorqueantur, *l. 5. de calumniatorib.*

15. Non debet quis lucrari ex alieno damno, *l. 28. de dolo malo.*

16. Ferendus est, qui pudorem suum purgat, *l. 25. de procurat.*

17. Non oportet laudando augere malitiam, *l. 1. §. 4. de Serv. corr.*

18. Non oportet jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid dicatur, animadvertere convenit, *l. 19. Ad exhib.*

19. Summa est ratio, quæ pro religione facit, *l. 24. in fin. de Religiosis.*

20. Grave est fidem fallere, *l. 1. in pr. de const. pecun.*

21. Bonæ fidei non congruit de apicibus juris disputare, *l. 29. §. 4. Mandati.*

22. Interest hominis, hominem beneficio affici, *l. 7. de servis exportand.*

23. Nemo ex consilio suo obligatur, *l. 2. Mandati.*

24. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius, *l. 3. de his, quæ testam. delent.*

25. Iniquum est, damnosum cuiquam esse officium suum, *l. 7. Testamenta quemad. aper.*

26. Rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia, *l. 2. de legat. 1.*

27. Exemplum pessimum est, fœminino vocabulo etiam masculos contineri, *l. 45. in pr. de Leg. 2.*

28. Ignaviam prætendentes, audiri non oportet, *l. 78. §. 2. de Leg. 2.*

29. Omne artificium incrementum recipit, *l. 65. §. 3. de Leg. 3.*

30. Malitiis indulgendum non est, *l. 58. de R. V.*

31. Jus civile vigilantibus scriptum est, *l. 24. in fin. de his, quæ in fraud. cred.*

32. Peccata nocentium, nota esse oportet & expedit, *l. 18. in pr. de Injur.*

33. Satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari, *l. 5. in pr. de Pœn.*

34. Suadendo juvisse, sceleris instar est, *l. 16. in pr. de Pœn.*

35. Cogitationis pœnam nemo patitur, *l. 18. de Pœn.*

36. Unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur, *l. 26. de pœn.*

37. Quædam etsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur, *l. 1. §. 5. de Extraord. Cognit.*

38. Prodesse sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur, *l. 1. §. 4. & 11. de aqua pluv. arc.*

39. In obscuro favorabilius respondetur, *l. 10. in f. de manum. vind.*

40. Discendi cupiditas sola vivendi ratio optima, *l. 20. de Fideic. libert.*

41. Quod non est mutatum, cur stare prohibetur? *l. 27. de Testam.*

42. Cujusque rei potissima pars, principium est, *l. 1. de O. J.*

43. Ex conversatione æquali contemptio dignitatis nascitur, *l. 19. de Off. Præs.*

44. Adjuvari nos, non decipi, beneficio oportet, *l. 17. §. 3. Commod.*

45. Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, *l. 4. de præscr. verb.*

E CODICE.

REbus, non verbis, lex ponenda est, *l. 28. de Usur.*

2. Deum imitatur, qui ignoscit, *l. 23. de Nupt.*

2. b. Quod non est mutatum, cur stare prohibetur? *l. 27 de Testam.*

3. Nimis est indignum, flagitii præsidia quærere, *l. 7. in fin. de Natur. lib.*

4. Naturalis ordo per omnia servandus est, *l. 5. de Legit. Tut.*

5. Non est ferendus, qui locum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit, *l. un. §. 4. de Cad. toll.*

6. Ludibrio leges esse non oportet, *l. ult. §. 5. & 6. de bon. quæ lib.*

7. Mos retinendus est fidelissimæ vetustatis, *l. 18. de Testam.*

8. Nihil dubium aptum est ad tollendam ambiguitatem, *l. 12. §. 2. de Ædif. priv.*

9. Pene similis omnium hominum natura est, *l. 13. de contrah. stipul.*

10. Quid verbis opus est, quæ rerum effectus nullus sequitur? *l. ult. de donat.*

11. Culpa similis est, tam prohibita discere, quam docere, *l. 8. de malef.*

12. Vanæ voces populi non sunt audiendæ, *l. 12. de pœn.*

13. Facies hominis ad similitudinem pulchritudinis cœlestis est figurata, *l. 17. de Pœn.*

14. Naturale vitium est, negligi quod communiter possidetur, *l. 2. Quod & quib. quart. deb.*

15. Magistros studiorum doctoresque excellere oportet, moribus primum, deinde facundia, *l. 7. de Professor.*

16. Publicæ utilitatis interest, non amicitia creationes fieri, sed æstimatione vera & commodo Reipubl. *l. un. Si propt. inim. creat. fact. sit.*

17. Leges sunt inexorabiles, *l. ult. de Tabular. scrib.*

18. Utilitas publica præferenda est privatorum contractibus, *l. 3. de Primip.*

19. Principis salus, populi salus, *l. 1. de veteran.*

EX NOVELLIS.

Leges neminem in paupertate vivere, neque in anxietate mori permittunt, *N. 1. in fin.*

2. Nihil immensum bonum est, *Nov. 3. in princ.*

3. Ecclesia, Imperii mater, *d. Nov. 3. in princ.*

4. Humana natura quodammodo labitur ad delicta, *Nov. 5. c. 2. sub finem.*

5. Seniorum conversatio, juventutis educatio perfecta, *Nov. 5. c. 3. in fine.*

6. Uno principio illicito dato, plura sequuntur, *Nov. 28. in pr. §. 1.*

7. Pater, licet legum contemptor & impius sit, tamen pater est, *Nov. 12. c. 1.*

8. Quanto quilibet præest melioribus, tanto major ipse & honestior est, *Nov. 15. in f. princ.*

9. Quia non cum lege agimus, erubescimus, *Nov. 18. c. 5. in f. princ.*

10. Non erubescimus, si quid melius, quam ipsi prius diximus, adinveniamus, hoc sancire, *Nov. 22. in f. princ.*

11. Disponat unusquisque super suis, & sit lex, ejus voluntas, *Nov. 22. c. 2. in princ.*

12. Multæ hominibus ad malitiam viæ sunt, *Nov. 22. c. 15.*

13. Erubescit lex castigatores filios genitoribus statuere, *Nov. 22. c. 24.*

14. Leges etiam in ipsa arma imperium habere volumus, *Nov. 25. c. 5. in fin.*

15. Nihil in pravo magnum existere; recte a nostris dictum est majoribus, *Nov. 29. c. pen. sub fin.*

16. Concordia nihil unquam inter homines præclarius extitit, & præstantius, *Nov. 30. c. 1. in princ.*

17. Non est inhumanitas, sed potius summa humanitas, cum multi paucorum animadversione salvantur, *Nov. 30. c. 11.*

18. Quod in multitudinem dividitur, onus insensibile propemodum facit iis, qui hoc sustinent, *Nov. 38. in princ.*

19. Congruens magis est, amplificare rem in paucis corporibus angustatam quam multitudinem multitudini adjicere, *Nov. 38. c. 6.*

20. Tempus ferre omnia consuevit, *Nov. 39. in princ.*

21. Nuptiis nihil utilius, tanquam solis facere homines valentibus, *Nov. 39. in fin. princ.*

22. Ea, quæ communiter omnibus prosunt, iis, quæ specialiter quibusdam utilia sunt, præponimus, *Nov. 39. c. 1. in pr.*

23. Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit tamen suscipere quandam sollicitam dubitationem, *Nov. 44. c. 1. §. 3.*

24. Melius est pauca agere caute, quam multis interesse periculose, *d. Nov. 44. c. 1. §. 3. in fine.*

25. Veracium solummodo amator est Princeps, *Nov. 58. in præfat.*

26. Multis undique natura novitatibus utitur, *Nov. 84. in princ.*

27. Multæ sunt homini & anxietates innumeræ & repentinæ mortes, *Nov. 84. c. 1. in f. princ.*

28. Oportet semper aliquod inchoare bonum, non aliorum destruere, *Nov. 89. c. 7.*

29. Non erit decens, ut quæ bene exclusa sunt, in Rempubl. rursus introducantur, *Nov. 89. c. 11. §. 2.*

30. Multa quilibet cogitans inveniet, *Nov. 94. c. 1.*

31. Quod factum est, infectum manere impossibile est, *Nov. 97. c. 1.*

32. Imperatori & ipsas Deus leges subjecit, legem animatam eum mittens hominibus, *Nov. 105. c. 2. in fine.*

33. Quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis, & sæpe quod conjectura prodesse credebat, experimento inutile reperitur, *Nov. 111. in pr.*

34. Quod in legum positum est potestate, non egebit aliqua extrinsecus dispositione, *Nov. 113. c. 11.*

35 Si pro causa corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostræ solicitudinis adhibenda? *Nov. 115. c. 3. sub fin.*

36. Considerare debent parentes, quod & ipsi filii fuerint, *Nov. 115. c. 5. in princ.*

37. Quis enim ibi delinquit, ubi salutem petat? *Nov. 117. c. 15. f.*

38. In delicto æquali, similes eis imponere pœnas, justum esse putamus, *Nov. 127. c. ult.*

39. Nullum ita magnum subjectorum delictum est, quod non clementia Principis medeatur, *Nov. 129.*

40. Neque enim viros mulierum studia decent, neque rursus virilia mulierum collegiia conveniunt, *Nov. 133. c. 1.*

41. Nullus potest naturam sic retinere, ut peccet nihil, hoc enim proprium est solum Dei, *Nov. 133. c. 5.*

42. Mens vacans nihil bonorum parit, *Nov. 133. c. ult.*

43. Male adinventa, malæque consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur, *Nov. 134. c. 1.*

44. Oportet nos humani generis infirmitatem protegere, *Nov. 134. c. 13.*

45. Unicuique integrum est his, quæ ipsi a lege data & concessa sunt, renunciare, *Nov. 136. c. 1.*

46. Eos, qui violento affectu odioque semel correpti fuerint, perquam est difficile sanare, *Nov. 140. in f. præfat.*

47. Nullus misericordiam petens sine actu a facie Principis recedere debet, *Nov. 147. in præfat.*

INDEX LEGUM ILLUSTRATARUM ET CONCILIATARUM.

INSTITUT.

DIGESTA.

Lib 29.

Lib. 46.

INDEX RERUM

quæ

hoc opere continentur.

Literis *a. b.* columnæ; lit. *n.* denotantur §§. Signa * † & ‡ indicant differentias Juris Saxonici, quæ suis locis subjacent.

A.

quæ

 a ma-

Collu-

utili-

 pigno-

recte

Effractores

emptor

non

res

G.

ad

Trans-

Extra-

magistra-

quis

instru-

Lava-

an

poteſt

K.

L.

vici-

 Corne-

O.

parri-

gratis

an sem-

in te-

quando

Q.

est

in du-

an

ejusmo-

(Mmm m) 2 in hoc

Prohi-

Datio

V.

an,

de fru-

INDEX DIGRESSIONUM,

quas

TOMUS II.

continet.

Prior numerus indicat paginam, posterior paragraphos.